

ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO.

UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA

(AFDUE)

*ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO.
UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA
(AFDUE)*

ISSN: 0213-988X– ISSN-e: 2695-7728

Núm. 39 (2023)

ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO.

UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA (AFDUE)

El *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura (AFDUE)*, con ISSN: 0213 988X – ISSN-e: 2695-7728, es una publicación de periodicidad anual, abierta a los ámbitos del Derecho, la Ciencia Política, la Administración Pública y la Criminología. Su línea editorial procura que la investigación científica que se publica en sus páginas responda a los objetivos y necesidades de la comunidad jurídica nacional e internacional, en el contexto académico actual.

El *AFDUE*, cuya proyección es netamente jurídica, de carácter abierto y acceso libre, implementa los estándares de política editorial, dirigidos tanto a los autores como a los usuarios de la revista. Esta publicación de la Facultad de Derecho, con sede en dicho Centro de la ciudad de Cáceres, utiliza la plataforma OJS que proporciona el Servicio de Publicaciones de la Universidad de Extremadura, lográndose así una mayor difusión de los estudios publicados.

EQUIPO EDITORIAL

PRESIDENTE

Manuel de Peralta Carrasco. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura (UEX). España.

DIRECTOR

Antonio Silva Sánchez. Profesor de Derecho Civil. Facultad de Derecho de la UEX. España.

SECRETARIO

Pedro Ródenas Cortés. Profesor de Derecho Civil. Facultad de Derecho de la UEX. España.

COORDINACIÓN TÉCNICA

Laura Antúnez Romero. Investigadora predoctoral de Derecho Civil. Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

Antonio Silva Sánchez. Director del *Anuario (AFDUE)*. Facultad de Derecho de la UEX. España.

Secretaria

María Jesús Macías Santos. Profesora de Derecho Civil. Facultad de Derecho de la UEx. España.

Vocales

Mercedes Sabido Rodríguez. Directora del Departamento de Derecho Privado. Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura. España.

Gabriel Moreno González. Vicedecano de Relaciones Institucionales, Planificación e Infraestructuras. Profesor de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura. España.

Luis Romualdo Hernández Díaz-Ambrona. Presidente de la Audiencia Provincial de Badajoz. Profesor de la Escuela de Práctica Jurídica de Badajoz. España.

Gregorio Serrano Hoyo. Director del Departamento de Derecho Público. Profesor Titular de Derecho Procesal. Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura. España.

María Félix Tena Aragón. Presidenta del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Miembro de la Comisión General de Codificación. España.

COMITÉ CIENTÍFICO

Acedo Penco, Ángel. Profesor titular de Derecho Civil. Director del Master en Abogacía y Procura. Universidad de Extremadura. España.

Alencar Advíncula D'Assunção, María Esther. Profesora y Abogada. Derecho Constitucional y Procesal-Civil. Universidad Federal de Rio Grande del Norte. Brasil.

Álvarez García, Vicente. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Extremadura. España.

Calvo Vérguez, Juan. Catedrático de Derecho Financiero. Universidad de Extremadura. España.

Cancio Fernández, Raúl Cesar. Letrado del Tribunal Supremo. España.

Checa González, Clemente. Catedrático de Derecho Financiero. Universidad de Extremadura. España.

Cortés Bechiarelli, Emilio. Abogado. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Extremadura. España.

Cruz Márquez, Beatriz. Profesora Coordinadora del Grado en Criminología. Universidad de Cádiz. España.

Cuello Contreras, Joaquín. Catedrático de Derecho Penal (jub.). Universidad de Extremadura. España.

Daza Rojas, Julie Marcela. Abogada. Profesora de Derecho Civil. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá.

Ferrer Cazorla, Ignacio. Decano del Colegio Notarial de Extremadura. España.

Gorelli Hernández, Juan. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva. España.

Herke, Csongor. Professor Dr. habil. Head of Department of Criminal and Civil Procedure, Faculty of Law, University of Pécs. Hungría.

Hierro Hierro, Francisco Javier. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura. España.

Juanes Peces, Ángel. Exvicepresidente del Tribunal Supremo; “Of Counsel” en Departamento Penal de CCS Abogados. España.

La Moneda Díaz, Francisco. Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Extremadura. España.

Montero Juanes, Francisco Javier. Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Moretón Sanz, M^a Fernanda. Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad Nacional de Educación a Distancia. España.

Pérez Gallardo, Leonardo B. Profesor Principal de Derecho Civil y Notarial de Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Cuba.

Perkumiene, Dalia. Assistant Professor. Vytautas Magnus University, Kaunas. Lituania.

Román García, Antonio Manuel. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Extremadura. España.

Rosell Granados, Jaime. Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado. Universidad de Extremadura. España.

Serrano González de Murillo, José Luis. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Extremadura. España.

Vega Vega, José Antonio. Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Extremadura. España.

Velásquez Ramírez, Ricardo. Presidente del Comité para el Estudio y la Difusión del Derecho de América Latina, CEDDAL. Lima. Perú.

Villalba Lava, Mercenario. Magistrado Especialista de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. España.

PRESENCIA EN BASES DE DATOS BIBLIOGRÁFICAS Y EN DIRECTORIOS Y PORTALES SOBRE INDICADORES DE CALIDAD: SCOPUS, DOAJ, ERIHPlus, LATINDEX, REDIB, MIAR, Dialnet, REBIUN, HEINonline, VLEX, ÍNDICES CSIC, WorldCat, Google Scholar, Dulcinea (azul).

EDICIÓN: Servicio de Publicaciones de la UEx. <https://publicauex.unex.es/>

URL de la revista: <https://revista-afd.unex.es/index.php/AFD/index>

Edición online e edición impresa no venal (50 ejemplares)

Correo electrónico de la Secretaría: redaccionafdue@unex.es

DATOS: *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura.*
Indizada en: SCOPUS, HeinOnline-Law Journal Library, DIALNET, DOAJ, vLex.

Evaluada en: LATINDEX. Catálogo V2.0 (2018 -) *Directory of Open Access Journals*, ERIHPlus, REDIB. Red Iberoamericana de Innovación y conocimiento científico.

AUTORIZACIÓN DE REPRODUCCIONES



© 2023. Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura. La licencia con la que se publican todos los contenidos de *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura* es Atribución 4.0 Internacional (CC BY 4.0) de Creative Commons, a la que se ha de añadir estas condiciones. Para conocer el texto completo de esta licencia, visitad <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.es>. Enviad una carta a Creative Commons, 171 Second Street, Suite 300, San Francisco, California 94105, USA.

EDITA:

Universidad de Extremadura. Servicio de Publicaciones.

Plaza de Caldereros, 2. 10003 Cáceres. (España)

Teléf.: 927 257 041. Fax: 927 257 046

publicac@unex.es <https://publicauex.unex.es/>

Edición on-line e impresa (50 ejemplares)

DEPÓSITO LEGAL: CC-227-1985

ISSN: 0213-988X **ISSN-e:** 2695-7728

FOTOCOMPOSICIÓN E IMPRESIÓN:

Editorial Sindéresis – oscar@editorialsinderesis.com

ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO.

UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA

ISSN: 0213-988X– ISSN-e: 2695-7728

Núm. 39 (2023)

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ANTONIO SILVA SÁNCHEZ 17-19

ARTÍCULOS MONOGRÁFICOS

ÁNGEL ACEDO PENCO. *Configuración y naturaleza jurídica de la donación y de sus diversas modalidades en el vigente Código civil español* 23-49

ELENA AUGUSTA ANDOLINA. *Conservación y adquisición de datos externos de comunicaciones telefónicas y telemáticas: buscando un equilibrio entre seguridad y libertad* 51-68

JOSÉ ENRIQUE ANGUIITA OSUNA. *La lucha de la Unión Europea contra la delincuencia organizada: la nueva hoja de ruta de 2023* 69-89

LAURA ANTÚNEZ ROMERO. *Análisis de la custodia compartida tras la separación o divorcio: régimen jurídico y últimas tendencias jurisprudenciales* 91-116

CRISTINA CINTORA EGEA. *El interés del menor como principio rector en la determinación del régimen de guarda y custodia*..... 117-143

GABRIELA C. COBO DEL ROSAL. <i>El delito de asociación ilícita: una visión retrospectiva</i>	145-166
HERKE CSONGOR. <i>Normas procesales penales específicas contra la corrupción en Hungría</i>	167-179
Hugo Daniel da Cunha Lança Silva. <i>Prostitución: Ejercicio de la libertad sexual o cosificación de la mujer, con el pretexto del Ac. del Tribunal Constitucional N° 218/2023</i>	181-200
MARTA CZAKAWSKA. <i>Los derechos electorales de los ciudadanos de la UE en Polonia como manifestación de la globalización de la democracia. Temas seleccionados</i>	201-216
JULIE MARCELA DAZA ROJAS; ANA MARÍA JIMÉNEZ PAVA. <i>Derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes detenidos en centros de internamiento del sistema de responsabilidad penal para adolescentes en Colombia. garantías y límites</i>	217-242
JURGITA GRIGIENĖ; PAULIUS ČERKA. <i>Criterios determinantes para la litispendencia en tramitación paralela</i>	243-261
MARINÉZ DE OLIVEIRA XAVIER. <i>Vulnerabilidad contractual y el derecho al olvido al olvido como protección del consumidor: Eficacia de la Ley 75/21, de 18 de noviembre</i>	263-279
LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO. <i>Notas esenciales sobre el divorcio en el nuevo Código de las Familias de Cuba</i>	281-310
DALIA PERKUMIENĖ; LITA RIPINSKIENĖ; JUOZAS TUMAS. <i>Cuestiones legales de implementación de los derechos de los teletrabajadores: caso de Lituania</i>	311-329
SERGIO ALEJANDRO QUIROGA CHAPA. <i>La estructura del conflicto familiar</i>	331-358

PEDRO RÓDENAS CORTÉS. <i>Límite temporal de datos personales en sistemas de información crediticia</i>	359-378
--	---------

JURISPRUDENCIA

JOAQUÍN GONZÁLEZ CASSO. <i>Selección y comentario de resoluciones del orden jurisdiccional penal. Audiencia Provincial de Cáceres. Año 2023</i>	381-386
---	---------

LUIS ROMUALDO HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA. <i>Selección y comentario de resoluciones del orden jurisdiccional civil. Audiencia Provincial de Badajoz. Año 2023</i>	387-392
---	---------

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

José A. Cuevas Segarra. <i>El descubrimiento de prueba en la práctica procesal civil puertorriqueña.</i> Antonio M. Román García.....	395-397
--	---------

Antonio Manuel Román García. <i>Epistemología Jurídica.</i> Manuel de Peralta Carrasco	398-400
---	---------

Ángel Acedo Penco (coordinador). <i>Estudios de sobre la sucesión hereditaria. Fundamentos doctrinales y jurisprudenciales.</i> Laura Antúnez Romero	401-403
---	---------

Ángel Acedo Penco (coordinador). <i>Estudios de Derecho privado del turismo. Fundamentos doctrinales y jurisprudenciales.</i> Laura Antúnez Romero	404-406
---	---------

Ángel Acedo Penco (coordinador). <i>La privacidad en el meta- verso, la inteligencia artificial y el big data. Protección de datos y derecho al honor.</i>	
Laura Antúnez Romero	407-408
Harold Bertot Triana. <i>Teoría y práctica del reconocimiento de gobiernos en el Derecho Internacional Contemporáneo.</i>	
Jonatán Cruz Ángeles	409-415

CRÓNICA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Reseña del acto académico de la defensa pública de la tesis doctoral: «La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados a los consumidores por su inclusión indebida en ficheros de solvencia patrimonial. vías y modalidades de lesión, protección, reparación y resarcimiento», por su autor Pedro Ródenas Cortés (Área de Derecho Civil)	
Laura Antúnez Romero	419-423
Congreso Internacional: «Problemas y Desafíos del Derecho en el Siglo XXI» (Área de Derecho Civil)	
Laura Antúnez Romero	424-425
Jornada académica internacional: «El divorcio en el Brasil ac- tual» (Área de Derecho Civil)	
Laura Antúnez Romero	426-427
«I Congreso de Derecho deportivo» (Ilustre Colegio de Abo- gados de Cáceres, Facultad de Ciencias del Deporte y Fa- cultad de Derecho)	
Laura Antúnez Romero	428-430

YEARBOOK OF THE SCHOOL OF LAW.

UNIVERSITY OF EXTREMADURA

ISSN: 0213-988X– ISSN-e: 2695-7728

No. 39 (2023)

SUMMARY

INTRODUCTION

ANTONIO SILVA SÁNCHEZ 17-19

MONOGRAPHIC ARTICLES

ÁNGEL ACEDO PENCO. *Configuration and legal nature of the donation and its various modalities in the current Spanish Civil Code* 23-49

ELENA AUGUSTA ANDOLINA. *Conservation and acquisition of external data from telephone and telematic communications: seeking a balance between security and freedom ..* 51-68

JOSÉ ENRIQUE ANGUITA OSUNA. *The European Union's fight against organized crime: the new 2023 roadmap* 69-89

LAURA ANTÚNEZ ROMERO. *Analysis of shared custody after separation or divorce: legal regime and latest jurisprudential trends* 91-116

CRISTINA CINTORA EGEA. <i>The interest of the minor as a guiding principle in determining the guardianship and custody regime</i>	117-143
GABRIELA C. COBO DEL ROSAL. <i>The crime of illicit association: a retrospective view</i>	145-166
HERKE CSONGOR. <i>Specific criminal procedural rules against corruption in Hungary</i>	167-179
Hugo Daniel da Cunha Lança Silva. <i>Prostitution: Exercise of sexual freedom or objectification of women, under the pretext of the Act. of the Constitutional Court No. 218/2023</i>	181-200
MARTA CZAKAWSKA. <i>The electoral rights of EU citizens in Poland as a manifestation of the globalization of democracy. Selected topics</i>	201-216
JULIE MARCELA DAZA ROJAS; ANA MARÍA JIMÉNEZ PAVA. <i>Sexual and reproductive rights of adolescents detained in detention centers of the criminal responsibility system for adolescents in Colombia. guarantees and limits</i>	217-242
JURGITA GRIGIENĖ; PAULIUS ČERKA. <i>Determinant criteria for lis pendens in parallel processing</i>	243-261
MARINÊZ DE OLIVEIRA XAVIER. <i>Contractual vulnerability and the right to be forgotten as consumer protection: Effectiveness of Law 75/21, of November 18</i>	263-279
LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO. <i>Essential notes on divorce in the new Cuban Family Code</i>	281-310
DALIA PERKUMIENĖ; LITA RIPINSKIENĖ; JUOZAS TUMAS. <i>Legal issues of implementation of teleworkers' rights: case of Lithuania</i>	311-329

SERGIO ALEJANDRO QUIROGA CHAPA. <i>The structure of family conflict</i>	331-358
PEDRO RÓDENAS CORTÉS. <i>Temporary limit of personal data in credit information systems</i>	359-378

JURISPRUDENCE

JOAQUÍN GONZÁLEZ CASSO. <i>Selection and commentary of resolutions of the criminal jurisdictional order. Provincial Court of Cáceres. Year 2023</i>	381-386
LUIS ROMUALDO HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA. <i>Selection and commentary of resolutions of the criminal jurisdictional order. Provincial Court of Badajoz. Year 2023</i>	387-392

BIBLIOGRAPHICAL REVIEWS

José A. Cuevas Segarra. <i>The discovery of evidence in Puerto Rican civil procedural practice.</i> Antonio M. Román García.....	395-397
Antonio Manuel Román García. <i>Legal Epistemology.</i> Manuel de Peralta Carrasco	398-400
Ángel Acedo Penco (coordinador). <i>Studies on hereditary succession. Doctrinal and jurisprudential foundations.</i> Laura Antúnez Romero	401-403
Ángel Acedo Penco (coordinador). <i>Studies in private tourism law. Doctrinal and jurisprudential foundations.</i> Laura Antúnez Romero	404-406

Ángel Acedo Penco (coordinador). <i>Privacy in the metaverse, artificial intelligence and big data. Data protection and right to honor.</i>	
Laura Antúnez Romero	407-408
Harold Bertot Triana. <i>Theory and practice of government recognition in Contemporary International Law.</i>	
Jonatán Cruz Ángeles	409-415

CHRONICLE OF THE LAW SCHOOL

Review of the academic act of the public defense of the doctoral thesis: «Civil liability derived from damages caused to consumers due to their improper inclusion in financial solvency files. ways and modalities of injury, protection, reparation and compensation", by its author Pedro Ródenas Cortés (Civil Law Area).	
Laura Antúnez Romero	419-423
International Congress: «Problems and Challenges of Law in the 21st Century» (Civil Law Area).	
Laura Antúnez Romero	424-425
International academic conference: “Divorce in today's Brazil” (Civil Law Area).	
Laura Antúnez Romero	426-427
«I Congress of Sports Law» (Illustrious Bar Association of Cáceres, Faculty of Sports Sciences and Faculty of Law).	
Laura Antúnez Romero	428-430

PRESENTACIÓN

La Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, acomete, un año más, la publicación de una nueva edición de su Anuario (AFDUE) que, en esta ocasión, se corresponde con su número 39 (2023), apostando por incluir trabajos académicos y de investigación, de acreditada calidad, con revisión por pares, que mantienen, al tiempo que elevan poco a poco, el prestigio de nuestra publicación, junto a las demás secciones que la componen y estructuran relativas a recensiones bibliográficas, jurisprudencia o crónica de nuestra Facultad, entre otras.

Como es natural, este número que ahora presentamos tiene un significado muy especial para mí por haber sido nombrado, hace escasos meses, Director del AFDUE por la Junta de Facultad de Derecho de la UEx a propuesta del nuevo Decano, el profesor Manuel de Peralta Carrasco, a quien quedo agradecido, así como a su equipo de gobierno y a quienes en mí han depositado su confianza para tan ilusionante tarea.

Si nos paramos un momento a pensar y echamos la vista hacia atrás, nuestro Anuario cuenta ya con cuarenta y dos años de vida –escasos números fueron bianuales–, a lo largo de los cuales se han publicado treinta y nueve números, contando el actual, todos ellos marcados por una trayectoria de esfuerzo e inequívoca voluntad de mantener vivo este importante proyecto que pone a nuestra Universidad en general, y a la Facultad de Derecho en particular, en el lugar destacado que merece y ocupa entre las publicaciones científico-jurídicas.

Por ello, quiero aprovechar esta presentación para rendir un sentido homenaje a los profesores e investigadores de tiempos pasados que han participado en la tarea de mantener viva esta publicación, algunos de ellos, tristemente fallecidos, destacando de manera muy especial a quien fue mi Maestro, el Profesor de Derecho Romano, Dr. Manuel Veiga López, que fue Presidente de la Asamblea de Extremadura y, antes, de la Diputación Provincial de Cáceres, puesto que compatibilizó con la docencia en su disciplina y desde el cual consiguió impulsar, aportando la financiación oportuna, tanto nuestro Anuario como otras actividades de la Facultad, como la transferencia de fondos para la biblioteca.

No puedo tampoco dejar de reconocer la fructífera participación de nuestros jóvenes investigadores, algunos, ya no tan jóvenes, pues los años pasan para todos, que a la vez de dar un fuerte impulso al Anuario van tomando con éxito el relevo docente e institucional, pero sobre todo investigador, en lo que aquí se refiere, en las tareas de esta casa de estudios. La combinación del esfuerzo de los profesores noveles y de los más veteranos en su conjunto, durante todo este tiempo, nos ha permitido alcanzar unos elevados niveles de reconocimiento externo que lo hacen muy atractivo para la academia y sirven de referencia en el mundo del Derecho, como lo prueban el ingente número de aportaciones recibidas de tan diferentes procedencias, tanto desde de universidades extranjeras como españolas, además de la nuestra, que nos impide acoger todos los trabajos.

El paulatino y sostenido crecimiento del Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura a lo largo de estas cuatro décadas de su existencia, viene reportando su frutos, como lo acredita el hecho de haber sido incluidos en las bases de datos o índices de calidad científica más importantes en el momento presente. Además de estar entre las revistas científicas con indicador de impacto SJR (*Scimago Journal Ranking*), el AFDUE está incluido en SCOPUS, una de las mayores bases de datos bibliográficas del mundo; en DIALNET, uno de los mayores portales bibliográficos en los ámbitos de las Ciencias Sociales, Jurídicas y Humanas sobre las publicaciones científicas en español, preferentemente; en LATINDEX, el magno sistema de difusión de revistas científicas que se editan en América Latina, España, Caribe y Portugal; en DOAJ (*Directory of Open Access Journals*), que indexa revistas de acceso libre y de rigurosa calidad; en REDIB, que aglutina publicaciones en español y es un referente de publicaciones de calidad; en MIAR, que analiza el impacto la visibilidad y la calidad de una revista a nivel internacional; así como HeinOnline, plataforma de investigación de publicaciones periódicas de carácter multidisciplinar, DULCINEA, ÍNDICES-CSIC (Consejo Superior de Investigaciones Científicas), ERIHPLUS (*European Reference Index for the Humanities and Social Sciences*) y Vlex, entre otros muchos portales recopiladores, indexadores e indicadores de calidad.

Ahora, en esta nueva singladura académica que nos ha tocado pilotar, junto al equipo que participa en tan ilusionante viaje –del que estoy obligado a destacar el excelente trabajo y dedicación de la investigadora predoctoral de Derecho civil, Laura Antúnez Romero– es de toda justicia reiterar en nombre de todos, el agradecimiento, la confianza y el buen hacer con este AFDUE, de la primera autoridad de la Facultad de Derecho, el profesor Manuel de Peralta, sin cuyo entusiasmo y decidido apoyo, técnico, material y humano, esta nave académica no habría podido, en modo alguno, desembarcar de puerto para

cursar las anchas aguas de las ciencias jurídicas a la búsqueda de nuevas ideas y materiales.

En fin, cierto es que todavía quedan ambiciosas metas y muchos objetivos por cumplir, y en consecuencia, no pocos muelles donde atracar, para difundir nuestro mensaje científico y universitario, que, como expresó un director de cine argentino, «aunque tales objetivos puedan resultar una utopía, ésta sirve al menos para eso, para caminar», o para navegar, como diríamos en nuestro símil marítimo.

En Cáceres, a 30 de diciembre de 2023

Dr. ANTONIO SILVA SÁNCHEZ

Director del AFDUE

asilva@unex.es

MONOGRÁFICO



Doi: <https://doi.org/10.17398/2695-7728.39.23>

CONFIGURACIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA DONACIÓN
Y DE SUS DIVERSAS MODALIDADES EN EL VIGENTE CÓDIGO
CIVIL ESPAÑOL

*CONFIGURATION AND LEGAL NATURE OF THE DONATION
AND ITS VARIOUS MODALITIES IN THE CURRENT SPANISH
CIVIL CODE*

ÁNGEL ACEDO PENCO¹

Universidad de Extremadura

Recibido: 30/10/2023 Aceptado: 20/11/2023

RESUMEN

El presente trabajo aborda una materia muy específica y a la vez clásica dentro de instituciones del Derecho civil como es la donación, figura que nuestro sistema la encuadra entre los contratos, pese a que el Código civil español la ubique sistemáticamente entre los modos de adquirir la propiedad, justo antes de tratar las materias relativas a las sucesiones por causa de muerte o hereditarias. Además del análisis de la naturaleza jurídica de la donación pura y simple, así como su configuración, se estudian también hasta una decena de modalidades o tipos especiales de donación, dibujando los perfiles de la naturaleza jurídica y los efectos que se derivan de cada uno de tales tipos específicos. Además de seguir todo lo anterior glosando los preceptos legales el estudio se acompaña de una nutrida jurisprudencia, junto a la doctrina más cualificada en materia de

¹ Profesor titular de Derecho civil. Director del Máster Universitario en Abogacía y Procura de la Universidad de Extremadura. Coordinador en Europa de CEDDAL, Comité para el Estudio y la Difusión del Derecho en América Latina.

donaciones para terminar con una útil reseña bibliográfica de carácter específico.

Palabras clave: donación, contratos, derecho de contratos, derecho de sucesiones.

ABSTRACT

The present work addresses a very specific and at the same time classic subject within civil law institutions such as donation, it appears that our system classifies it among contracts, despite the fact that the Spanish Civil Code systematically places it among the ways of acquiring property, just before dealing with matters relating to inheritance due to death or inheritance. In addition to the analysis of the legal nature of the pure and simple donation, as well as its configuration, up to a dozen modalities or special types of donations are also studied, drawing the profiles of the legal nature and the effects that derive from each one such specific type. In addition to following all of the above, glossing the legal precepts, the study is accompanied by extensive jurisprudence, together with the most qualified doctrine on donations to end with a useful bibliographical review of a specific nature.

Keywords: donation, contracts, contract law, inheritance law.

Sumario: 1. Configuración legal de la donación simple. 1.1. Sucintos antecedentes de Derecho romano. 1.2. Derecho comparado y concepción actual codificada. 1.3. Naturaleza jurídica. 1.4. Régimen aplicable. 2. Capacidad de las partes. 2.1. Para ser donante. 2.2. Para ser donatario. 3. Objeto y límites. 3.1. ¿Qué puede donarse? 3.2. Limitaciones. 4. Presupuestos: la aceptación. 4.1 Requisitos esenciales. 4.2. Aceptación y perfección. 4.3. Efectos de la aceptación. 5. Forma de la donación. 5.1. Bienes muebles. 5.2. Bienes inmuebles. 5.3. Forma de la aceptación. 5.4. Incumplimiento de la forma. 5.4.1. Sanción. 5.4.2. Compraventa ocultando una donación. 6. Efectos de la donación. 6.1. Para el donante. 6.2. Para el donatario. 7. Revocación de las donaciones. 7.1. Noción. 7.2. Por hijos. 7.3. Por ingratitud. 7.4. Por incumplimiento. 7.5. Frutos. 8. Reducción por inoficiosidad. 8.1. Concepto. 8.2. Efectos. 8.3. Legitimación. 9. Modalidades de donación. 9.1. Donación pura y simple. 9.2. Donación modal u onerosa. 9.3. Donación remuneratoria. 9.4. Donación con facultad de disponer. 9.5. Donación con cláusula de reversión. 9.6. Donación de nuda propiedad y usufructo. 9.7. Donaciones indirectas. 9.8. Donación «mortis causa». 9.9. Donación por razón de matrimonio. 9.10. La promesa de donación. Referencias bibliográficas.

1. CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA DONACIÓN SIMPLE

1.1. Sucintos antecedentes de Derecho romano

Esta era una figura que en Roma no se entendía muy bien pues no concebían los romanos con gracia que pudiera darse o entregarse algo a otro sin contraprestación alguna². Se trataba, como ahora, de un acto de liberalidad por el que, una persona –donante– se desprende de una cantidad de dinero o de bienes, en favor de otra persona –donatario– que los recibe, sin esperar, por ello, una contraprestación³.

Se produce una disminución en el patrimonio del donante y un incremento en el del donatario, llevándose a cabo por ánimo de liberalidad sin esperar contraprestación por el donante. Si hubiere algún pago o contraprestación de quien recibe la cosa ya no sería donación, sino compraventa, arrendamiento, mutuo, u otra figura, pacto o contrato. Además, es imprescindible que el "presunto" donatario acepte la cosa que ha recibido mediante la donación, requisito que sigue intacto en la actualidad.

En el Derecho romano existían varios tipos de donación, aludiendo aquí solo las más conocidas. Así, entre las donaciones matrimoniales, había dos tipos por razón de matrimonio dependiendo del momento en que se realizasen⁴.

En cuanto a las donaciones antes del matrimonio, en la época previa Justiniano se la llamaba *donatio ante nuptias* y estaba integrada por los bienes que el futuro marido regalaba a la futura mujer antes de las nupcias⁵. A partir de la época de Justiniano ya se podía realizar esta donación incluso durante el matrimonio, lo cual constituía una excepción a la regla general de la prohibición de donación entre esposos⁶. Su fin y utilidad fueron esencialmente la de restablecer la igualdad entre los cónyuges y aumentar los recursos de la mujer tras la disolución del matrimonio; siendo su régimen jurídico similar al de la dote.

Respecto de las donaciones durante el matrimonio, es decir, las llevadas a cabo en un momento posterior a su celebración, la regla general disponía la nulidad de toda donación efectuada entre marido y mujer. Se pretendía entonces

² DI PIETRO, Alfredo, - LAPIEZA ELLI, Angel Enrique, *Manual de derecho romano*, 5ª edición, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, páginas 312 y ss.

³ *Instituta* 2.7; Digesto 39.5.

⁴ *Codex* 5.3; C. 5.14.

⁵ *Digesto* 39.6; *Codex* 8.56.

⁶ *Codex* 5.3.

con ello evitar que uno de los cónyuges pudiera aprovecharse de la generosidad del otro⁷. No se considera donación el regalo de pequeños obsequios, ni los actos que no proporcionen un enriquecimiento en sentido estricto.

Además de las matrimoniales, se distinguían otros tres tipos de donación que los las siguientes: *a) Las donaciones remuneratorias*, siendo aquellas por las cuales el donante, a través de la entrega de lo donado, desea recompensar al donatario por haber realizado algún servicio o en favor del donante.

b) Las donaciones sub modo, que también se las conoce como donaciones modales porque imponen al donatario el cumplimiento de una cláusula (el modo) de manera que si no la cumple, la donación puede revocarse⁸. El que acepta un negocio que incluya una cláusula semejante (siendo el supuesto de la cláusula modal como elemento accidental del negocio jurídico), como ocurre en las donaciones modales, recibirá lo donado pero con la obligación de hacer aquello concreto que se le impuso.

c) Y en tercer lugar las donaciones mortis causa, siendo las realizadas en vida del donante pero que no surten efectos hasta el momento de su muerte. Pueden llevarse a cabo debido a multitud de circunstancias⁹: salud débil del donante, enfermedad, peligro de muerte próxima a causa de la existencia de odio o crueldad de una persona poderosa, ladrones, por pasar por lugares peligrosos, etc.

Conviene poner de manifiesto que en Derecho romano las donaciones eran irrevocables en principio, es decir, no cabía que, una vez realizadas pueda el donante resolver o reclamar lo donado al donatario¹⁰. Ahora bien, existían varias salvedades a esta irrevocabilidad de las donaciones dependiendo de ciertas circunstancias muy concretas y precisas. Ante la concurrencia de una o varias de las siguientes causas –según la clase de donación realizada– el donante podía revocar la donación.

En tal sentido, cabía la revocación en supuestos como: la ingratitud por parte del donatario hacia el donante¹¹, la ruina del donante antes de producirse

⁷ *Digesto* 24.1; *Codex* 5.16.

⁸ *Codex* 8.54.

⁹ *Digesto* 39.6.3-6.

¹⁰ Véanse al respecto los trabajos de MURILLO VILLAR, Alfonso, *La revocación de las donaciones en el derecho romano y en la tradición romanística española*, Burgos, 2007; y RÜGER, David von, *Donatio mortis causa: die donatio mortis causa im klassische römischen Recht*, Berlin, 2011.

¹¹ *Codex* 8.55. Causas de ingratitud serían, por ejemplo, la no prestación de alimentos -por parte del liberto- al patrono que se halla en pobreza máxima, conspirar contra la vida del donante, etc. La no prestación de alimentos se refiere al mantenimiento al patrono en unas condiciones mínimas de vida, no únicamente darle de comer.

la donación (en el caso de la *donatio mortis causa*)¹², la sobreveniencia¹³ y supervivencia¹⁴ de hijos, el incumplimiento del modo en el caso de la donación modal¹⁵, y la premuerte del donatario con respecto al donante, esto es, el fallecimiento del donatario antes que el donante, solo en el caso de las donaciones *mortis causa*¹⁶.

1.2. Concepción codificada comparada y española

Al igual que sucede en los Códigos francés e italiano, el español, califica como «acto» la donación, no como contrato, conteniéndose la regulación legal de las donaciones, en el Libro III, Título II, artículos 618 a 656, entre los modos de adquirir la propiedad (justo antes de la regulación de la sucesión hereditaria), es decir, no se ubica entre los contratos. No ocurre lo propio en el vigente Código civil de Alemania (*BGB*), que trata la donación (*Begriff der Schenkung*) en sede de contratos¹⁷, como «la atribución mediante la cual alguien enriquece a otro a cargo de su patrimonio es donación si ambas partes están conformes en que la atribución se realice de forma gratuita».

El artículo 618 del Código civil español (CC) formula el concepto legal de manera muy simple: «la donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta».

¹² *Digesto* 39.6.35.2. Esta es otra de las causas que se contemplan en el *Corpus Iuris Civilis* –*Digesto* 39.6– por la que, pese a que el donante se ha comprometido a la entrega de algo al donatario, si se produce su ruina o bancarrota, se deja sin contenido o efecto tal donación. En los casos de donación *mortis causa*, pese a haberse celebrado en vida del donante y donatario, hasta la muerte del primero no se producen efectos. Ello es así, porque el donante prefiere tener la cosa en vida antes que darla o entregarla al donatario; es más, espera vivir mucho y sólo cuando él muera querrá que el bien o conjunto de bienes pasen a ser del donatario. Ahora bien, realiza dicho negocio jurídico porque, pese a no ceder temporalmente los bienes objeto de donación, en ningún caso quiere que éstos pasen al heredero lo que ocurriría si no los dejara en concepto de donación a un extraño a la herencia si bien, estará limitado en la cuantía de lo que puede donar según las diferentes épocas y momentos con la finalidad de no dañar patrimonialmente a los herederos necesarios.

¹³ Cuando el señor o patrono, que no espera tener hijos, resulta que le sobreviene, al menos, uno; es otra causa de revocación de donación.

¹⁴ *Codex* 8.55.8. Cuando el señor o patrono deja una parte de su patrimonio al liberto creyendo que su/s hijo/s ha/n muerto en un accidente, guerra, etc.; y reaparecen al cabo de un cierto tiempo vivos.

¹⁵ El modo impone una carga al donatario de manera que, si no la cumple, se puede revocar la donación: se da algo para que haga algo. Es decir se impone una obligación que debe cumplirse bajo la amenaza de revocación de la donación.

¹⁶ *Digesto* 23.3.6 pr. Es claro que si se dispone que se dejará algo a uno el día en que el donante muera –pues hasta entonces no surte efecto la donación *mortis causa*– y resulta que el donatario que la iba a recibir premuere o, lo que es lo mismo, muere antes que el donante, la donación queda sin efectos.

¹⁷ Alemania regula la donación en los parágrafos 516-534 del *BGB* (*Bürgerliches Gesetzbuch*), en el *Buch 2*: «*Recht der Schuldverhältnisse*» (derecho de las relaciones obligatorias).

Ampliando la definición del legislador patrio, la doctrina más autorizada expone un concepto de donación, más técnico y preciso, con ciertas influencias germánicas tomadas del BGB, como: «un contrato en virtud del cual una de las partes, procediendo con espíritu de liberalidad, sin esperar correspectivo y empobreciendo su patrimonio, proporciona a la otra parte, un correlativo enriquecimiento o ventaja patrimonial, sea transfiriéndole un derecho propio o asumiendo frente a ella una obligación»¹⁸. De otro lado, también se ha definido la donación como la liberalidad que se realiza mediante un contrato donde una parte, que será el donante, «empobrece su patrimonio al realizar a título gratuito una atribución a favor de la otra», que es el donatario, quien se enriquece¹⁹.

De la definición del artículo 618 CC se extraen sus notas más *características*: a) es un negocio gratuito; b) implica un acto de disposición; c) tiene carácter patrimonial; d) requiere el *animus donandi*, ánimo liberal –generosidad– o intención de beneficiar a otro; y e) precisa la aceptación.

1.3. Naturaleza jurídica

Habiendo suscitado, a lo largo de la historia, no pocas discusiones doctrinales, el carácter de la donación, en particular si se trataba de un modo de adquirir la propiedad, o de un contrato, resulta que tras la codificación, los defensores de la primera postura suelen recordar que Napoleón ordenó de manera expresa que la donación no se incluyera –en su *Code* de 1804– dentro de la disciplina de las obligaciones, y que prohibió que se le llamase contrato, pues, según su idea, únicamente tenían tal carácter los contratos sinalagmáticos o recíprocos.

Modernamente la doctrina se inclina por considerar que la donación es un contrato, pues, desde el primero de sus preceptos, ya se desprenden obligaciones fundamentales para ambas partes, sin las cuales no existirá.

No siendo suficiente el acto dispositivo del donante, el requisito de la aceptación, exigido en los artículos 618 y 629 CC, es determinante: sin aceptación no habrá donación, y esta aceptación, sobre el objeto y demás circunstancias de

¹⁸ LACRUZ BERDEJO, José Luis, et ál., *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones, volumen 2, Contratos y cuasicontratos. Delitos y cuasi delitos*, puesta al día por Francisco Rivero Hernández, editorial Dykinson, Madrid, 2002, página 85.

¹⁹ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «Artículos 618 a 656», en *Comentarios al Código civil y las Compilaciones forales*, dirigidos por el mismo autor y Silvia Díaz Alabart, tomo VIII, volumen 2º, Edersa, Madrid, 1986, página 4 y siguientes.

todo aquello que sea objeto del negocio, supone el consentimiento contractual que califica a la donación como un contrato.

A mayor abundamiento, los artículos 620 y 621, determinan que cuando no existan normas previstas se aplicarán las disposiciones del Código sobre «obligaciones y contratos», lo que disipa más dudas sobre su naturaleza.

1.4. Régimen aplicable

A) Las donaciones en general, como el resto de los contratos, son negocios *inter vivos*, y se rigen²⁰ según el artículo 621 CC, por las normas sobre obligaciones y contratos en lo no dispuesto sobre donaciones.

B) El artículo 620 se refiere a las donaciones *mortis causa*, que en realidad no son donaciones, por ello el Código se remite, para regularlas, a las normas sobre sucesiones testamentarias, y no a las de donación, ni contratos²¹.

C) Las donaciones con causa onerosa, o modales, se regirán por las reglas de los contratos, establece el primer inciso del artículo 622 CC²².

D) Las donaciones remuneratorias se regirán, por las disposiciones sobre donaciones, «en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto»²³.

2. CAPACIDAD DE LAS PARTES

2.1. Para ser donante

Su carácter es restringido, al ser un negocio gratuito de índole dispositiva. Así, «podrán hacer donación todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes», indica el artículo 624 CC implicando una doble capacidad, tanto la suficiente para celebrar contratos, como la del poder de disposición sobre los concretos bienes que van a ser donados. Las personas jurídicas particulares (sociedades y asociaciones), con o sin ánimo de lucro, también podrán realizar donaciones de carácter aislado.

²⁰ Sentencias de la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo (SSTS) de 6 de abril de 1999, de 21 de enero de 1991 y de 7 de noviembre 1979.

²¹ SSTS de 29 de julio de 1904 y de 9 de abril de 1942.

²² SSTS de 27 de julio de 1994, de 7 de mayo de 1993 y de 26 de mayo de 1992.

²³ SSTS de 25 de junio de 1990 y de 15 de julio de 1988.

2.2. Para ser donatario

La capacidad para recibir donaciones es muy amplia, ya que, poco pueden perjudicar a quien recibe bienes o derechos de otro. Así, «podrán aceptar donaciones todos los que no estén especialmente incapacitados por la ley para ello», según se determina en el artículo 625 CC²⁴.

Lo anterior, significa, en la práctica, que toda persona que tenga capacidad jurídica, incluso sin ésta, pueden ser donatarios, como es el caso de los *nasciturus*, que la reciben a través de sus futuros representantes.

Sin embargo, se imponen ciertas restricciones que impiden ser donatario en determinados casos: *a)* Serán nulas las donaciones hechas a personas inhábiles, «aunque lo hayan sido simuladamente, bajo apariencia de otro contrato por persona interpuesta», según el artículo 628. *b)* No podrán aceptar donaciones condicionales u onerosas aquellas «personas que no pueden contratar, sin la intervención de sus legítimos representantes», según prohíbe el artículo 626 CC.

3. OBJETO Y LÍMITES

3.1. ¿Qué puede donarse?

La donación puede tener por objeto toda clase de bienes (muebles²⁵ e inmuebles²⁶) y derechos (reales²⁷ y de crédito²⁸), con tal de que los últimos no tengan el carácter de personalísimos, y sean transmisibles.

También cabe la donación de los animales que han dejado de ser meras cosas, para ser considerados jurídicamente como «seres vivos dotados de sensibilidad». Tras la reciente reforma del Código civil modificando el régimen jurídico de los animales²⁹, el nuevo artículo 333 bis determina que «solo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida en que sea

²⁴ Véase al respecto la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN) de 3 de marzo de 1989 y la Sentencia de la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo (STS) de 6 de julio de 1985.

²⁵ Dinero, maquinaria, libros, electrodomésticos, un barco, joyas, un coche, animales, etc.

²⁶ De carácter urbano (un piso o un local) o rústico (una finca de secano o de regadío).

²⁷ El usufructo sobre una finca, la servidumbre de paso, el derecho de hipoteca, etc. También pueden donarse otros derechos, como la concesión administrativa para explotar una mina, los derechos de autor de una novela, película, obra musical, programa informático, aplicación, etc.

²⁸ Un crédito del donante contra un tercero, o frente al donatario (condonación), etc.

²⁹ Mediante la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales.

compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección».

Pero, en todo caso, añade el mismo precepto, «el propietario, poseedor o titular de cualquier otro derecho sobre un animal debe ejercer sus derechos sobre él y sus deberes de cuidado respetando su cualidad de ser sintiente, asegurando su bienestar conforme a las características de cada especie y respetando las limitaciones establecidas en ésta y las demás normas vigentes».

Resulta imprescindible, por otra parte, que lo donado sea propiedad del donante, pues no se puede donar aquello que sea de otro, a tenor del artículo 634: «la donación podrá comprender todos los bienes presentes del donante, o parte de ellos». Otro requisito de los bienes y derechos es que estén individualizados, es decir, no se podrá donar en vida todo el patrimonio global del donante, sino que habría que especificar, uno por uno, todos los que se quieran donar.

3.2. Limitaciones

El donante no puede donar todo lo que quiera, sino que el Código establece determinados límites objetivos a su libertad de donar, respecto de ciertos bienes y sobre la cuantía de estos.

A) No puede donar más de lo que precise el donante mantener su nivel de vida, pues en lo que exceda será nula, según el artículo 634 CC: «podrá comprender todos los bienes presentes del donante, o parte de ellos, con tal que éste se reserve, en plena propiedad o en usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias»³⁰.

B) No se pueden donar los bienes futuros, dispone el artículo 635 CC siendo «aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación», es decir, no cabe donar los bienes que no sean de su propiedad. Ello será así en la donación real (simultánea a la entrega de la cosa), pero no en la donación obligacional (de entrega diferida), pues nada impide al donante obligarse a entregar al donatario algo que todavía no es suyo, pero lo será en el futuro.

C) No se puede donar más de lo que pueda dar o recibir por testamento, según el artículo 636 CC, que añade que: «la donación será inoficiosa en todo lo que exceda de esta medida». Pretende el legislador salvaguardar los derechos de

³⁰ SSTTS de 3 de noviembre de 1992, de 29 de mayo de 1991 y de 7 de abril de 1987.

los llamados herederos forzosos o legitimarios. La donación inoficiosa no será nula, sino que se reducirá en lo que se exceda.

4. PRESUPUESTOS: LA ACEPTACIÓN

4.1. Requisitos esenciales

Aunque los elementos y requisitos de la donación abordarán al conocer sus caracteres y su régimen jurídico, pueden sintetizarse, de manera muy básica, los siguientes presupuestos.

1º) El *animus donandi del donante*, que viene a ser la causa para éste: «la causa de la donación como tal, es para el donante el aumento del patrimonio del donatario, lo cual es independiente de sus móviles subjetivos y para el donatario un enriquecimiento gratuito, es decir, sin contraprestación a cambio, que se resume en la expresión *animus donandi* que realmente es el propio consentimiento del donante aceptada por el donatario³¹.

2º) La aceptación del donatario, que se convierte en un requisito esencial sin el cual no hay contrato y por tanto, tampoco existe donación.

3º) Cumplimentar las formalidades exigidas, tanto respecto al acto del donante, como a la aceptación y a la comunicación de ésta a aquél, dado que la donación es uno de los pocos negocios donde la forma es decisiva para la existencia o inexistencia del contrato, todo ello para garantizar los derechos de ambas partes y de los terceros, habida cuenta de su carácter gratuito.

4.2. Aceptación y perfección

La aceptación, que, inexcusablemente, deberá hacerse en vida del donante, de un lado convierte a la donación en un contrato, y de otro, produce la perfección del contrato, aunque solo desde que el donante tenga constancia de que el donatario aceptó. Si bien el artículo 618 CC, al definir la donación, ya exige la *aceptación*, para el 623, «se perfecciona desde que el donante *conoce* la aceptación del donatario»³².

³¹ STS de 20 de mayo de 2011.

³² SSTs de 19 de abril de 1998, de 10 de diciembre de 1987 y de 23 de marzo 1948.

4.3. Efectos de la aceptación

Implica *el inicio* de sus efectos: «la donación no obliga al donante, ni produce efecto, sino desde la aceptación». La aceptación, desde que es conocida por el donante, convierte a la donación en irrevocable, pues la donación existe y es eficaz jurídicamente³³.

La importancia que otorga el Código a la aceptación se constata en su artículo 630: «el donatario debe, so pena de nulidad, aceptar la donación por sí, o por medio de persona autorizada con poder especial para el caso, o con poder general y bastante», no desplegando ningún efecto sin aquella³⁴. La falta de aceptación conllevará, en cualquier caso, la completa inexistencia del contrato, es decir, no habrá donación alguna, operando la nulidad absoluta.

5. FORMA DE LA DONACIÓN

5.1. Bienes muebles

En el caso de que el objeto de la donación sean bienes muebles el artículo 634 CC establece dos posibilidades que determinarán su forma:

a) Forma verbal. La donación manual, es la realizada en forma verbal y requiere, necesariamente, la entrega simultánea de la cosa donada³⁵.

b) Forma escrita. Ha de realizarse por escrito la donación no manual, cuando lo donado no se entregue en el mismo momento de la donación.

También puede ser por escrito la donación de bienes muebles en la que se realiza la entrega simultánea de la cosa donada. No cabe la donación tácita³⁶.

5.2. Bienes inmuebles

Según se establece en el artículo 633.I CC «para que sea válida la donación de cosa inmueble ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el

³³ SSTS de 6 de julio de 1985; de 27 de junio de 1914 y de 17 de abril de 1998.

³⁴ SSTS de 30 de septiembre de 1995, de 6 de julio de 1985 y de 14 de mayo de 1966.

³⁵ SSTS de 10 de junio de 1999 y de 15 de junio de 1995.

³⁶ SSTS de 6 de abril de 1979; de 11 de febrero de 1956 y de 21 de noviembre de 1935.

donatario»³⁷. Es una forma constitutiva, *ad solemnitatem*, *ad substantiam* y *ad constitutionem*, siendo un requisito de validez³⁸.

La individualización, como se dijo, es requisito indispensable de toda donación –ha de saberse qué se dona exactamente– para lo cual deben describirse con precisión los bienes de que sea objeto. En cuanto a las «cargas» se refiere al importe de las obligaciones que asume el donatario³⁹.

5.3. Forma de la aceptación

Las formalidades relativas a la aceptación por el donatario y notificación de ella al donante, advierte el Tribunal Supremo desde antiguo, se establecen como «garantía de sus derechos».

A) En la donación de bienes muebles realizada verbalmente, nada indica expresamente el artículo 632 CC sobre la forma de la aceptación, pero se deduce con claridad, puesto que, si la donación es simultánea a la entrega, es claro que ésta supone la aceptación, también verbal, o por asentimiento al aceptar lo recibido.

B) La donación de muebles hecha por escrito exige, según el mismo artículo 632.II *in fine*, que la aceptación también se realice por escrito, no bastando, en modo alguno, que «se deduzca de los actos del donatario»⁴⁰.

C) La donación de bienes inmuebles requiere, en todo caso, que la aceptación del donatario se contenga en escritura pública. Así lo ordena el artículo 633.II: «la aceptación podrá hacerse en la misma escritura de donación o en otra separada; pero no surtirá efecto si no se hiciese en vida del donante». Además, es preciso que dicha aceptación se comunique al donante, de forma fehaciente, según el artículo 633.III: «hecha en escritura separada, deberá notificarse la aceptación en forma auténtica al donante, y se anotará esta diligencia en ambas escrituras».

5.4. Incumplimiento de la forma

La donación de inmuebles es un negocio jurídico rigurosamente formal con fatales consecuencias por su incumplimiento.

³⁷ SSTS de 31 de julio de 1999, de 19 de junio de 1999 y de 3 de marzo de 1995.

³⁸ SSTS de 26 de mayo de 1992 y de 24 de septiembre de 1991.

³⁹ Por pagar las deudas del donante, abonar ciertos impuestos, etc.

⁴⁰ SSTS de 12 de junio de 1896 y de 23 de diciembre de 1995.

5.4.1. Sanción

La jurisprudencia, antigua y reciente, es tajante, pues tratándose de bienes inmuebles, afirma con rotundidad: «la donación es nula e inexistente por falta de escritura pública». Esta sanción radical por incumplimiento de las obligaciones formales en la donación, tanto del acto del donante, como de la aceptación del donatario, y la comunicación de la aceptación al donante, es fulminante, pues conlleva la «inexistencia» de la donación, aunque la jurisprudencia, como ya se ha avanzado, al aplicar el máximo rigor en la exigencia de la forma en la donación, no siempre distingue entre inexistencia y nulidad⁴¹.

El Tribunal Supremo acude a expresiones como «nulidad absoluta o radical», o «ineficacia absoluta»⁴² al ser la forma *ad solemnitatem*, esto es, solemne, esencial, constitutiva, sustancial, y sin la forma exigida, ella, no hay donación, por falta de uno de sus elementos constitutivos⁴³. El artículo 632 CC, sobre la donación de *bienes muebles* indica: «faltando este requisito, no surtirá efecto si no se hace por escrito». Aunque el artículo 633 no establece una consecuencia similar en la donación de *bienes inmuebles*, su consecuencia es idéntica.

La donación nula por falta de la forma legalmente exigida no puede convalidarse, ni ser sanada por su ratificación, en ningún caso.

5.4.2. Compraventa ocultando una donación

Un supuesto muy frecuente en la práctica es la compraventa –simulada– de bienes inmuebles en escritura pública ocultando una donación –disimulada, pero realmente querida por las partes–. Los motivos de las partes pueden ser muy diversos, lícitos o contrarios a las leyes o a los derechos de terceros no intervinientes como los acreedores, herederos forzosos o la Hacienda pública (a veces se pretende eludir el pago de impuestos).

Ejercitada, por quien resultare perjudicado, la correspondiente acción de nulidad de la compraventa por simulación, la jurisprudencia no fue uniforme durante décadas, adoptando, a partir de 2007, un criterio ya consolidado.

Así, el artículo 633 cuando hace forma sustancial de la donación de inmuebles, «no se refiere a cualquier escritura, sino a una específica en la que deben

⁴¹ SSTS de 21 de noviembre de 1935; de 3 de marzo de 1995 y de 13 de julio de 2011, FJ 3º.

⁴² SSTS de 24 de mayo de 2000, de 31 de julio de 1999 y de 23 de octubre de 1995.

⁴³ SSTS de 3 de marzo de 1995 y de 17 de abril de 1998.

expresarse ambos consentimientos». Por ello, «una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del artículo 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubre no reúne para su validez y eficacia» tales requisitos⁴⁴.

6. EFECTOS DE LA DONACIÓN

6.1. Para el donante

1) El primero de todos, y efecto típico de todas las donaciones, es su evidente empobrecimiento patrimonial –consecuencia del correlativo enriquecimiento del donatario–, efecto que se deriva de la transmisión de la propiedad de lo donado; 2) el donante «no queda obligado al saneamiento de las cosas donadas», según el artículo 638 CC, y «el donatario se subroga en todos los derechos y acciones que en caso de evicción corresponderían al donante»; 3) pero si la donación fuere onerosa, responderá el donante de la evicción hasta el límite del gravamen.

6.2. Para el donatario

Son consecuencias para quien recibe la donación:

a) un enriquecimiento patrimonial correlativo al empobrecimiento del donante, que se materializa en la adquisición de la propiedad de la cosa;

b) inexistencia del derecho a acrecer, según el artículo 637 CC «no se dará entre ellas el derecho de acrecer, si el donante no hubiese dispuesto otra cosa»;

c) inexistencia del deber de pagar las deudas del donante, salvo que éste así lo haya dispuesto expresamente, según se extrae del artículo 642 CC;

d) deber de gratitud con el donante, cuyo incumplimiento del donatario puede acarrear la revocación de la donación, como previene el artículo 648 CC.

⁴⁴ STS del Pleno de la Sala de lo Civil, de 11 de enero de 2007, FJ 4º.

7. REVOCACIÓN DE LAS DONACIONES

7.1. Noción

Tal como señala la jurisprudencia⁴⁵, «la donación es uno de los pocos negocios jurídicos que pueden ser revocados por la voluntad de una de las partes (con el mandato y el testamento), si bien el Código civil impone concretas causas para la misma, siendo una de ellas la ingratitud, tal como dispone el artículo 648 CC, como *numerus clausus* y de interpretación restrictiva».

7.2. Por hijos

Dispone el artículo 644 CC que toda donación entre vivos, hecha por persona que no tenga hijos ni descendientes «será revocable por el mero hecho de ocurrir cualquiera de los casos siguientes: 1. Que el donante tenga, después de la donación, hijos, aunque sean póstumos. 2. Que resulte vivo el hijo del donante que éste reputaba muerto cuando hizo la donación», debiendo incluirse la aparición del hijo cuya existencia era desconocida.

El artículo 645 concede a estos hijos una acción de revocación para poder recuperar los bienes donados, o su valor, si no fueren reivindicables; así, con una denominación poco técnica, establece que: «rescindida –revocada, más bien– la donación por la supervivencia de hijos, se restituirán al donante los bienes donados, o su valor si el donatario los hubiese vendido»; si «los bienes no pudieren ser restituidos, se apreciarán por lo que valían al tiempo de la donación».

La acción de revocación por superveniencia o supervivencia de los hijos decae por el transcurso de cinco años, contados desde que se tuvo noticia del nacimiento del último hijo o de la existencia del que se creía muerto. Pese al texto del artículo 646 CC, se trata un plazo de caducidad, no de prescripción. La acción es irrenunciable y transmisible, tras la muerte del donante, a sus hijos y descendientes⁴⁶.

⁴⁵ SSTs de 20 de mayo de 2011 y de 13 de mayo de 2000.

⁴⁶ STS de 8 de marzo de 1972.

7.3. Por ingratitud

La donación puede ser revocada, a instancia del donante, por una causa de ingratitud, del artículo 648 CC, cuando el donatario:

- 1º) cometa algún delito contra la persona, el honor o bienes del donante;
- 2º) impute al donante un delito perseguible de oficio, aunque lo pruebe; salvo que lo cometa contra el mismo donatario⁴⁷, su cónyuge o sus hijos⁴⁸;
- 3º) le niegue, indebidamente al donante, la obligación de alimentos⁴⁹.

Aunque se revoque la donación por causa de ingratitud, quedarán, sin embargo, subsistentes las enajenaciones –ventas– e hipotecas anteriores a la anotación de la demanda de revocación en el Registro de la propiedad, pero las posteriores serán nulas, según establece el artículo 649 CC.

Cuando el donatario hubiese enajenado el bien que recibió por donación, siendo revocada ésta, el donante tendrá derecho a exigir del donatario el valor de los bienes enajenados, cuando no se puedan reclamar a los terceros, o la cantidad en que hubiesen sido hipotecados. Se tomará como valor que tuvieren los bienes al momento de realizar la donación, según el artículo 650 CC.

No cabe renunciar anticipadamente a la acción de revocación del donante por causa de ingratitud. Esta acción caduca en el plazo de un año, contado desde que el donante tuvo conocimiento del hecho y posibilidad de ejercitar la acción. Esta acción no se transmite a los herederos del donante, si éste, pudiendo, no la

⁴⁷ STS 1.713/2023, de 12 de diciembre, FD 3º [ECLI:ES:TS:2023:5389], basándose en la sentencia 261/2010, de 13 de mayo, afirma: «Por tanto, el problema que plantea el presente recurso consiste en la interpretación que debe darse al término imputare en el artículo 648.2º CC, que parece recoger sus precedentes, aunque constituye un caso aislado en el derecho comparado. "La doctrina española ha formulado diversas interpretaciones en torno al problema que nos ocupa en este recurso: así, algunos autores entienden que basta la simple imputación; para otros, es necesaria la denuncia, pero esta tesis olvida que el art. 261.2 LECrim establece no están obligados a denunciar "los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines del delincuente y sus colaterales consanguíneos o uterinos y afines hasta el segundo grado inclusive". Finalmente, otra parte de la doctrina considera que la expresión imputare consiste en la persecución judicial efectuada por el donatario al donante y por ello, lo que genera ingratitud es la persecución del delito, no su simple imputación o denuncia...En definitiva, no cabe negar la defensa de los derechos propios de la donataria, bajo la conminación de la pérdida de los bienes donados, como tampoco cabe amparar infundadas atribuciones de hechos delictivos. El examen de las circunstancias concurrentes dictará la regla a observar y, en este caso, consideramos que no concurre causa de revocación, por las razones expuestas, amén de que la revocación de un negocio jurídico, como es la donación, debe ser objeto de interpretación restrictiva».

⁴⁸ La STS de 13 de mayo de 2010 contempla el caso de una hija que acusó a su madre de un delito de asesinato con alevosía y otro de tenencia ilícita de armas, siendo condenada a 16 años de prisión por un jurado popular por el primero de los delitos; la madre revocó, por causa de ingratitud, con éxito, la donación encubierta de varias fincas urbanas realizada a su hija años atrás.

⁴⁹ STS de 20 de mayo de 2011.

ejercitó en vida, ni se podrá ejercitar contra el heredero del donatario, a no ser que a su muerte ya estuviere interpuesta la demanda (artículos 652-653) ⁵⁰.

7.4. Por incumplimiento

Según el artículo 647 CC la *donación onerosa* podrá ser revocada «a instancia del donante cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso».

Cuando ello suceda, «los bienes donados volverán al donante, quedando nulas las enajenaciones que el donatario hubiese hecho y las hipotecas que sobre ellos hubiese impuesto, con la limitación establecida, en cuanto a terceros, por la *Ley Hipotecaria*», que adquiriendo el inmueble confiando en el Registro de buena fe, lo hace suyo sin que se le pueda reivindicar⁵¹.

7.5. Frutos

El donatario no tendrá que devolver los frutos, sino desde la interposición de la demanda, aunque prosperase la acción, en los casos de: *a*) revocación de la donación por aparición de los hijos; *b*) revocación por ingratitud; y *c*) reducción de la donación por inoficiosa.

Sin embargo, por el contrario, a tenor del artículo 651 CC, cuando la revocación se fundare en haber dejado de cumplirse alguna de las condiciones impuestas en la donación onerosa, «el donatario devolverá, además de los bienes, los frutos que hubiese percibido después de dejar de cumplir la condición».

8. REDUCCIÓN POR INOFICIOSIDAD

8.1. Concepto

Se denominan donaciones inoficiosas, aquellas en las que el valor de lo

⁵⁰ Para la STS de 20 de mayo de 2011: «la donación es uno de los pocos negocios jurídicos que pueden ser revocados por la voluntad de una de las partes (con el mandato y el testamento), si bien el Código civil impone concretas causas para la misma, siendo una de ellas la ingratitud, tal como dispone el artículo 648 CC, como *numerus clausus* y de interpretación restrictiva».

⁵¹ Véase al respecto el trabajo de FERNÁNDEZ ARROYO, Margarita, «Observaciones en torno a la revocación de la donación modal», *Estudios jurídicos en homenaje al prof. Díez-Picazo*, tomo II, editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2003, págs. 1799 y siguientes.

donado excede de lo que se puede dar o recibir por testamento. Así lo dispone el artículo 636 CC: «ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento. La donación será inoficiosa en todo lo que exceda de esta medida».

8.2. Efectos

Las donaciones que resulten inoficiosas «computado el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte, deberán ser reducidas en cuanto al exceso; pero esta reducción no obstará para que tengan efecto durante la vida del donante y para que el donatario haga suyos los frutos», según el artículo 654 CC, debería decir «podrán» y no «deberán».

Cuando el donante haya realizado «dos o más las donaciones» y, por resultar inoficiosas, «no cupieren todas en la parte disponible, se suprimirán o reducirán en cuanto al exceso las de fecha más reciente» (artículo 656 CC). Opta aquí el legislador por dar prioridad a la conservación de las donaciones más antiguas sobre las nuevas, extremo, a nuestro juicio, no del todo razonable, puesto que las donaciones más recientes, en buena lógica, serán las más próximas a la voluntad del donante.

El Código civil se remite a sus artículos 820 y 821, sobre Derecho de sucesiones, para la reducción de las donaciones en cuanto a la legítima.

8.3. Legitimación

Solo podrán solicitar la *acción de reducción* de las donaciones las personas –parientes directos y cónyuge viudo– que tengan derecho a la denominada *legítima* –herederos forzosos–, o a una parte alícuota de la herencia, así como sus herederos o causahabientes, quienes «no podrán renunciar su derecho durante la vida del donante, ni por declaración expresa, ni prestando su consentimiento a la donación»⁵². Así, los donatarios, los legatarios que no lo sean de parte alícuota y los acreedores del difunto, no podrán pedir la reducción.

⁵² SSTS de 30 de marzo de 1993 y de 2 de julio de 1984.

9. MODALIDADES DE DONACIÓN

9.1. Donación pura y simple

En realidad, se cita aquí a efectos didácticos puesto que la donación pura y simple es la común y ordinaria, a la que se refiere el Código cuando no matiza o expresa lo contrario; en definitiva, la que se define en el artículo 618: es el «acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta».

9.2. Donación modal u onerosa

Como expresa la mejor doctrina «los actos de liberalidad como la donación y las disposiciones testamentarias son los únicos que admiten la posibilidad de someterlos a un modo, que es una obligación cuyo cómputo se impone al beneficiario, y que limita de alguna manera, por tanto, la atribución que se le hace»⁵³.

Se trata de una obligación que se desprende de la voluntad accesoria del donante, quien desea, principalmente, enriquecer al donatario, pero también quiere que la donación cumpla alguna otra finalidad. El artículo 619, *in fine*, se refiere a la llamada donación modal al expresar que «es también donación» aquella «en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado»⁵⁴.

El modo, la carga o gravamen, no deben tener, obligatoriamente, un valor económico, pero siempre será una prestación dotada de coerción jurídica, ya que, su incumplimiento por el donatario puede implicar la revocación de tal donación, por eso la donación modal es una donación onerosa (artículo 647 CC). Además, como ya se expuso, el artículo 622 dispone que «las donaciones con causa onerosa se regirán por las reglas de los contratos». Sin embargo, no se olvide, la asunción de la carga por el donatario no es una contraprestación por la liberalidad o generosidad del donante, no se trata de un contrato de cambio, pues entonces dejaría de ser una donación.

Y pese a que es exigible la prestación al donatario, ello no le priva de su carácter de donación, pues la carga será inferior a lo que se done, por lo que

⁵³ Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, editorial Tecnos, 9ª edición, Madrid, 2001, página 320.

⁵⁴ STS 54/2024, de 17 de enero, FD 1º [ECLI:ES:TS:2024:152].

siempre habrá liberalidad, o generosidad, del donante, pues el artículo 638, *in fine*, indica que en la donación onerosa «responderá el donante de la evicción hasta la concurrencia del gravamen», evitando así el legislador que el donatario pueda empobrecerse con esta clase de donación.

También, se deberá extender la responsabilidad del donante, en base a tales motivos, por los vicios ocultos que pudiera tener la cosa donada.

9.3. Donación remuneratoria

No se definen en el Código civil, aunque las cita por su nombre en el artículo 622, las donaciones «remuneratorias»⁵⁵.

La donación remuneratoria es una donación simple en la que el donante basa su *animus donandi* en los méritos del donatario, aquél trata de recompen-sar los servicios prestados por éste. La jurisprudencia afirma que, en el terreno de la aplicación del Derecho, «no es posible la conjugación de los artículos 619 y 622 CC, en otras palabras, no cabe confundir una donación remuneratoria con una donación modal. Es en ésta en la que efectivamente puede imponerse un gravamen al donatario, pero no en la remuneratoria»⁵⁶, donde nada puede exigirse a éste.

Según el precepto, los servicios prestados no han de tratarse deudas exigibles, pues en tal caso, nada habría que donar, sino pagar la deuda que se derive de su prestación. Serán servicios no exigibles mediante la coerción jurídica⁵⁷.

9.4. Donación con facultad de disponer

No sigue aquí nuestro Código civil la regla del viejo Derecho francés según la cual «*donner et retenir ne vaut*», ya que, al contrario, permite que el donante pueda retener lo donado.

Indica el artículo 639 CC que «podrá reservarse el donante la facultad de disponer de algunos de los bienes donados, o de alguna cantidad con cargo a ellos; pero, si muriere sin haber hecho uso de este derecho, pertenecerán al

⁵⁵ SSTS de 17 de julio de 2011, de 16 de julio de 2010 y 21 de diciembre 2009.

⁵⁶ STS (Pleno), de 11 de enero de 2007, fundamentos de derecho 2º y 4º.

⁵⁷ Piénsese, por ejemplo, en una visita que hace todos días una persona a otra, con el simple deseo de darle compañía ante la soledad que le invade, ¿podría exigirse el pago de estos *servicios*?, no, obviamente; sin embargo, nada impide remunerarlos mediante esta modalidad de donación.

donatario los bienes o la cantidad que se hubiese reservado»⁵⁸.

Son dos modalidades diversas de reserva las que se deducen del precepto, la facultad de: *a)* disponer de ciertos bienes; y *b)* dinero con cargo a éstos.

Realizada la donación los bienes donados, aun con la reserva, pasan a propiedad del donatario, pues en nada afectará a la donación mientras el donante no ejerza su facultad. Pero la eficacia definitiva de los negocios que haga el donatario dependerá de que el donante use o no su facultad. Sin embargo, al fallecer del donante sin haber ejercido la facultad que reservó, es decir, sin haberlos recuperado, entonces ya pasarán a la propiedad definitiva del donatario. Bien es cierto que el Código se refiere a «algunos bienes», lo que podría inducir a pensar que no puede reservarse todo lo donado, sin embargo, nada impide que tal facultad se extienda a la totalidad de los bienes donados.

Si el donante ejerce su facultad de disponer de los bienes que donó, la situación será, técnicamente, la más parecida a la revocación de la donación, aunque no pueda identificarse con ella, recuperando el donante la propiedad de los bienes reservados que reclame al donatario.

No cabe duda, pensamos, que esta clase de donación es la más ventajosa y recomendable para el donante pues le permite arrepentirse y recuperar todo o parte de lo donado, sin necesidad de acudir a la muy difícil prueba de las enojosas, poco habituales y casi nada operativas, «causas de ingratitud del donatario».

9.5. Donación con cláusula de reversión

Aunque guarde cierto parecido con el supuesto anterior, la donación con cláusula de reversión es una figura muy diferente, tal como determina el artículo 641 CC: «podrá establecerse válidamente la reversión en favor de sólo el donador para cualquier caso y circunstancias, pero no en favor de otras personas sino en los mismos casos y con iguales limitaciones que determina este Código para las *sustituciones testamentarias*»⁵⁹.

Sin embargo, «la reversión estipulada por el donante *en favor de tercero*» pese a la prohibición legal indicada, «es nula; pero no producirá la nulidad de la

⁵⁸ SSTs de 17 de junio de 2011 y de 9 de junio de 1995.

⁵⁹ Se regulan las *sustituciones fideicomisarias* en los artículos 781 a 789 CC, que son figuras del Derecho de sucesiones según las cuales «se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia», según las define el primero de los citados.

donación», conservando el resto de ésta sin la reversión a los terceros. «*Es una restricción a la donación* que consiste en que producido el evento reversional se da el mecanismo recuperatorio que determina automáticamente la readquisición por parte del donante (salvo la reversión a favor de tercero), pero mientras no se dé dicho evento, el donatario es propietario de lo donado»⁶⁰.

9.6. Donación de nuda propiedad y usufructo

Dispone el artículo 640 que «también se podrá donar la propiedad a una persona y el usufructo a otra u otras», pero con la limitación del artículo 781 CC, según el cual «las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador»⁶¹.

9.7. Donaciones indirectas

Se trata de una figura que pertenece a la categoría de los negocios indirectos, cuando el empobrecimiento del donante y el correlativo enriquecimiento del donatario se realizan a través de contratos o negocios cuya finalidad típica es otra diferente a la que se ha utilizado en tal operación⁶². Es decir, en la donación indirecta se utilizan medios jurídicos válidos y queridos por las partes, pero formalmente diferentes de los previstos por el Código civil para la donación directa o común. Se busca el resultado de una donación pero con los medios jurídicos de otro negocio o contrato, como una venta.

La donación indirecta será válida, cuando (a través de una compraventa)⁶³ cuando: 1) no perjudique los derechos de terceros –legitimarios u otros–; 2) no se realice en fraude de acreedores; y 3) no se trate de una donación simulada.

⁶⁰ SSTs de 15 de julio de 2009 y de 17 de enero de 2011.

⁶¹ STS de 21 de septiembre de 1998.

⁶² SSTs de 18 de octubre de 2001 y de 21 de julio de 1993.

⁶³ Un ejemplo es la *compraventa amistosa* de una finca por un *precio más bajo* del que tendría en el mercado, pero sin que se trate de un *precio irrisorio*, que sería simulado.

9.8. Donación «mortis causa»

El artículo 620 CC se refiere a ellas donde determina el régimen normativo que les será de aplicación, remitiéndose para ellas al Derecho de sucesiones. Así, establece que «las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas en el capítulo de la sucesión testamentaria». Se les aplica las normas sobre los testamentos.

Ha sido definida por el Tribunal Supremo expresando que «la donación *mortis causa* es aquella en que el donante no transmite al donatario la cosa donada en el momento de la donación, sino que éste la adquirirá a la muerte del donante. Prevé, pues, el donante el destino de bienes para después de su muerte, como en el testamento. No pierde el donante la disponibilidad de la cosa donada: puede venderla, donarla *inter vivos* a otro o revocar simplemente aquella donación»⁶⁴.

Son *caracteres* de la donación *mortis causa*: a) que es revocable en todo momento, como sucede con los testamentos; b) que el donante muera antes que el donatario; c) que se les aplican las normas sobre los testamentos.

9.9. Donación por razón de matrimonio

Las normas sobre el régimen económico del matrimonio dedican sus artículos 1336 a 1343 CC a «las donaciones por razón de matrimonio». Son «las que cualquier persona hace, antes de celebrarse, en consideración al mismo y en favor de uno o de los dos esposos», a las que se aplicarán las reglas ordinarias de la donación salvo en lo regulado en tales los preceptos⁶⁵.

Establece el artículo 1339 CC la presunción legal de que los bienes que hayan sido donados conjuntamente a los esposos «pertenece a ambos en pro indiviso ordinario y por partes iguales», salvo que el donante dispusiere otra cosa⁶⁶. Se permite a los futuros esposos: a) que se donen bienes presentes por razón del matrimonio; b) que se donen bienes futuros en capitulaciones, sólo para el caso de muerte y según los testamentos (artículo 1341 CC). Quedarán sin efecto todas las donaciones por razón de matrimonio si éste no llegara a

⁶⁴ STS de 17 de junio de 2011, FJ 4º.

⁶⁵ SSTS de 6 junio 2006, de 5 diciembre 2005; de 5 noviembre 1993; y de 5 diciembre 1930.

⁶⁶ STS 322/2022, de 25 de abril, FD 5º y 6º [ECLI:ES:TS:2022:1622].

contraerse en el plazo de un año.

Son revocables las donaciones por razón de matrimonio, por las causas comunes, excepto por la supervivencia o superveniencia de hijos, además de la nulidad, separación o divorcio y otros motivos, si a estos hechos se subordinó la donación y se acreditan en la sentencia oportuna (artículos 1343-1344 CC).

9.10. La promesa de donación

Ayuna de toda regulación legal, se ha calificado de precontrato de donación, y por tanto, con los caracteres de un contrato, sin embargo, dado su carácter unilateral que parte solo de la voluntad del futuro donante, choca con la falta del más esencial de los requisitos de la donación, precisamente para reputarla como contrato: la aceptación del donatario.

La jurisprudencia viene rechazando la validez de la promesa de donación pues, desde antiguo, el Tribunal Supremo «se ha pronunciado de forma repetida sobre la no validez de las promesas de donación, que requiere la aceptación por escrito»⁶⁷, pues «la donación entre vivos de inmuebles sin aceptación carece de consecuencias jurídicas»; la simple promesa es una donación incompleta.

Cuestión distinta es la «promesa de futuro de entrega de bienes dentro de un proceso de separación o divorcio, dada la singularidad de dichos acuerdos, que reúnen la naturaleza de un contrato atípico de carácter obligacional, recíproco y ajeno a la mera liberalidad por lo que es diferente de la donación»⁶⁸.

En tal sentido, se reitera que «la promesa de donación de inmuebles en cuanto tal es ajena a nuestra regulación positiva, que regula la donación como negocio con formas propias (arts. 632 y 633 CC) (sentencia 22 de junio de 1982), no constando en el presente caso la aceptación de los bienes inmuebles ni de las participaciones sociales con anterioridad a la revocación, por lo que debe estimarse el motivo del recurso, desestimando la demanda por la que se pretendía el otorgamiento de escritura de "formalización del compromiso de transmisión gratuita"»⁶⁹.

⁶⁷ SSTS de 21 noviembre 1935; de 22 enero 1930; de 25 abril 1924; de 27 junio 1914; de 21 junio 1945; de 25 noviembre 2004; de 6 junio 1908, 25 de enero de 2008; y de 31 marzo 2011 (FJ 6º).

⁶⁸ STS 438/2014, de 18 de julio.

⁶⁹ STS 265/2019, de 10 de mayo, FD 5º [ECLI:ES:TS:2019:1452]: «Establecido que estamos ante una "promesa de donación", es forzoso mencionar que dicha figura se encuentra al margen de nuestro

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acedo Penco, Ángel, *Compendio de Derecho de familia*, Dykinson, Madrid, 2022:
 – *Compendio de Derecho de obligaciones*, Dykinson, Madrid, 2022.
 – *Compendio de Derecho de contratos*, editorial Dykinson, Madrid, 2022.
 – *Teoría general de las obligaciones*, 4ª edición, editorial Dykinson, Madrid, 2019.
 – *Derecho de contratos, cuasicontratos y responsabilidad extracontractual*, 3ª edición revisada y puesta al día, editorial Dykinson, Madrid, 2019.
- Albaladejo García, Manuel, «Estudio de la jurisprudencia sobre la validez de la escritura de venta simulada para cubrir la forma de la donación disimulada», *Actualidad Civil*, número 2 del año 1998, págs. 319-343:
 – «Artículos 618 a 656», en *Comentarios al Código civil y las Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, tomo VIII, volumen 2º, editorial Edersa, Madrid, 1986.
- Arjona Guajardo-Fajardo, José Luis, *Promesas unilaterales y donaciones. La promesa unilateral y sus aplicaciones a las atribuciones gratuitas en el Derecho español*, editorial Marcial Pons, Madrid, 1998.
- Biondi, Biondo, *Sucesión testamentaria y donación*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1960.
- Castaños Castro, Paula, *La donación obligacional*, Reus, Madrid, 2021.
- De los Mozos, José Luis, *La donación en el Código civil y a través de la jurisprudencia*, editorial Dykinson, Madrid, 2000.
- Di Pietro, Alfredo, - Lapieza Elli, Angel Enrique, *Manual de derecho romano*, 5ª edición, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.
- Díaz-Ambrona, María Dolores, «La promesa de donación en el Código civil y la jurisprudencia», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año 1985, pág. 703 y ss.
- Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Las particulares relaciones obligatorias*, Vol. IV, editorial Civitas, Madrid, 2010.
- Doral García, José Antonio; Larrondo Lizarraga, Joaquín María, *La donación con destino*, editorial Bosch. Madrid, 2020.
- Durán Rivacoba, Ramón, *Donaciones encubiertas*, Bosch, Barcelona, 2009 y *Donación de inmuebles: forma y simulación*, editorial Aranzadi, Navarra, 2003.
- Fernández Arroyo, Margarita, «Observaciones en torno a la revocación de la donación modal», *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Díez-Picazo*, tomo II, editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2003, págs. 1799 y siguientes.

ordenamiento jurídico como reiteradamente ha establecido la doctrina jurisprudencial de esta sala en sentencia 303/1982, de 22 de junio; sentencia de 16 de febrero de 1996, rec. 2293/1992; sentencia 1105/1995, de 23 de diciembre; y sentencia 1114/2004, de 25 de noviembre. Esta reiterada doctrina provoca que decaiga el motivo de inadmisión relativo a la falta de interés casacional».

- Fernández-Sancho Tahoces, Ana Suyapa, *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código civil*, editorial Comares, Granada, 2006.
- Gago Simarro, Clara; Sanción Asurmendi, Camino, *Las donaciones en la sucesión hereditaria*, editorial Aranzadi. Pamplona, 2021.
- Infante González de la Aleja y José Rodríguez Domínguez, Rafael, *Derecho matrimonial y donación*, editorial Bosch, Barcelona, 2014.
- Lacruz Berdejo, José Luis, Rams Albesa, Joaquín José, Delgado Echeverría, Jesús, Luna Serrano, Agustín y Sancho Rebullida, Francisco de Asís, *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones, volumen 2, Contratos y cuasicontratos. Delitos y cuasi delitos*, puesta al día por Francisco Rivero Hernández, editorial Dykinson, Madrid, 2002 (la 5ª y última edición de esta obra es de 2013).
- López Beltrán de Heredia, Carmen, *Computación, imputación y colación de donaciones en la sucesión Mortis Causa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- Manzano Fernández, María del Mar, *Donaciones de bienes por razón de matrimonio*, editorial Aranzadi, Pamplona, 2013.
- Martín León, Antonio, *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código civil*, editorial Aranzadi, Navarra, 2002.
- Martínez Ortega, Juan Carlos; Rodríguez Domínguez, Rafael; Infante González de la Aleja, José, *Derecho matrimonial y donación*, editorial Bosch, Barcelona, 2023.
- Méndez, Rosa M., Vilalta, A. Esther y Cavero Escudero, Montserrat, *Donación: acciones de revocación y reducción – LEC 2000*, 2ª edición, Barcelona, Bosch, 2001.
- Murillo Villar, Alfonso, *La revocación de las donaciones en el Derecho romano y en la tradición romanística española*, Universidad de Burgos, 2007.
- Nieto Alonso, Antonia, *Donación onerosa y vitalicio: perspectiva del incumplimiento de las cargas*, editorial Trivium, Madrid, 1998.
- Pérez Gallardo, Leonardo B., *La donación en el Código Civil Cubano, Breves glosas de su articulado*, Ediciones Jurídicas Olejnik. Santiago de Chile, 2019.
- Pizarro Maqueda, María José, *Donación y Retracto*, editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2006.
- Poveda Bernal, Margarita Isabel, *Relajación formal de la donación*, editorial Dykinson, Madrid, 2004.
- Ribas Alba, José María, *De la donación al contrato*, Tecnos, Madrid, 2016.
- Rogel Vide, Carlos, *Revocabilidad de la donación por ingratitud del donatario*, editorial Reus, Madrid, 2024.
- Rüger, David von, *Donatio mortis causa: die donatio mortis causa im klassische römischen Recht*, Berlin, 2011.
- Sirvent García Jorge, *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código civil*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003:

– *La donación con cláusula de reversión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

Vaquer Aloy, Antoni, *La donación en España y en Europa*, Reus, Madrid, 2012.

Vallet de Goytisolo, Juan Berchams, *Estudios sobre donaciones*, editorial Montecorvo, Madrid, 1978.

ÁNGEL ACEDO PENCO

Profesor titular de Derecho civil

Facultad de Derecho

Universidad de Extremadura

aacedo@unex.es

Orcid: 0000-0002-7424-4601



Doi: <https://doi.org/10.17398/2695-7728.39.51>

CONSERVACIÓN Y ADQUISICIÓN DE DATOS EXTERNOS DE
COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y TELEMÁTICAS: BUSCANDO
UN EQUILIBRIO ENTRE SEGURIDAD Y LIBERTAD

*RETENTION AND ACQUISITION OF EXTERNAL DATA FROM
TELEPHONE AND TELEMATIC COMMUNICATIONS: STRIKING
A BALANCE BETWEEN SECURITY AND FREEDOM*

ELENA AUGUSTA ANDOLINA¹

Università degli Studi “Magna Graecia” de Catanzaro. Italia

Recibido: 01/11/2023

Aceptado: 05/12/2023

RESUMEN

El artículo analiza la compleja evolución de la legislación italiana en materia de retención y adquisición de datos identificativos de las comunicaciones telefónicas/ telemáticas para la represión de delitos. Tradicionalmente considerada como una metodología de investigación con una modesta capacidad intrusiva, ha demostrado ser cualquier cosa menos neutral con la revolución tecnológica. Aunque ajeno a los contenidos comunicativos, en realidad es adecuado para atacar un amplio marco de derechos fundamentales (el derecho al secreto, a la intimidad y a la protección de datos personales). Solo después de la enésima sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión

¹ Profesora de Derecho Procesal Penal en la Universidad “Magna Graecia” de Catanzaro (Italia). Ha realizado estancias de investigación en Universidades españolas (Universidad de Vigo y Universidad de Extremadura). Las principales líneas de investigación son: cooperación judicial penal, víctima vulnerable, violencia de género, justicia restaurativa, interceptaciones de conversaciones o comunicaciones, investigaciones encubiertas, derecho al silencio del acusado.

Europea, el legislador italiano reformó el regime regulatorio, pero solo limitado a la adquisición de datos de comunicaciones externas. Sin embargo, todavía existe otros aspectos de fricción con el derecho de la UE con respecto al aspecto específico de la conservación de datos y el de la adquisición de datos externos con fines preventivos.

Palabras clave: Derechos Humanos (el secreto de las comunicaciones – derecho a la intimidad y protección de datos personales-Conservación y Adquisición de datos del tráfico telefónico), Proceso penal,Tribunal europeo de Derechos Humanos, Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

ABSTRACT

The article analyzes the complex evolution of Italian legislation regarding the archiving and acquisition of identification data of telephone/telematiccommunications for the suppression of crimes. Traditionally regarded as a survey methodology with modest intrusive capacity, it has proven to be anything but neutral with the technological revolution. Although unrelated to communicative content, it is actually suitable for attacking a broad framework of fundamental rights(the right to secrecy, privacy and protection of personal data). Only after the umpteenth ruling of the Court of Justice of the EU did the Italian legislator reform the regulatory regime, butonly limited to the acquisition of data from external communications. However, there are still other aspects of friction with EU law regarding the specific aspect of data retention and the acquisition of external data for preventive purposes.

Keywords: Human Rights (the secrecy of communications - right to privacy and protection of personal data),Conservation and Acquisition of telephone traffic data, Criminal proceedings, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Sumario: 1. Límites a la retención y adquisición de datos de tráfico telefónico y telemático en el Derecho Vivo de la Unión Europea. 2. El art. 132 Código de Privacidad en la versión anterior a la ley de reforma 178/2021, de 23 de noviembre. 3. El aumento exorbitante de los tiempos de retención de los datos de tráfico. 4. La sentencia H. K. c. Prokuratuur: un punto de no retorno en la polémica sobre la conservación de datos. 5. El nuevo régimen de accesibilidad a los datos "externos" de las comunicaciones telefónicas y electrónicas. 6. La reforma del art. 132 Código de Privacidad: sólo una adaptación parcial a la legislación de la UE. Referencias bibliográficas.

1. LÍMITES A LA RETENCIÓN Y ADQUISICIÓN DE DATOS DE TRÁFICO TELEFÓNICO TRÁFICO Y TELEMÁTICO EN EL DERECHO VIVO DE LA UNIÓN EUROPEA

La adquisición posterior de datos "externos" que identifican las comunicaciones telefónicas (números de usuario emisor y receptor, fecha, hora, duración y lugar de la comunicación en el caso de teléfonos móviles) puede dar lugar a violaciones importantes de los derechos fundamentales de la persona, por parte del organismo gestor del servicio telefónico en el denominado registros telefónicos (o electrónicos). Aunque no estén relacionados con los contenidos de la comunicación, estos datos agregados con herramientas informáticas proporcionan, de hecho, indicaciones muy precisas sobre la vida privada de la persona (como hábitos, movimientos, relaciones personales y profesionales).

Tradicionalmente considerada como una metodología de investigación con poca capacidad intrusiva o incluso neutral, esta técnica de control telefónico ha visto aumentar su invasividad en correspondencia con la revolución tecnológica de la era digital y la expansión de la telefonía móvil; con la consiguiente ampliación del marco de derechos fundamentales sacrificados.

Tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano como el de los Tribunales europeos (Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal de Justicia de la Unión Europea) han contribuido a la progresiva identificación de los valores implicados en esta herramienta de investigación. Por un lado, el derecho al secreto sobre el hecho histórico de la comunicación, es decir, a mantener en secreto los datos identificativos de la relación de comunicación distintos del contenido de la conversación telefónica en sí, ha sido devuelto desde hace mucho tiempo por el Tribunal Constitucional italiano al ámbito de la garantía del artículo 15 de la Constitución²; por otro, el derecho a la protección de la esfera privada y el derecho a la libre determinación de los datos personales protegidos en las fuentes europeas de derechos humanos - art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y los artículos 7- 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, tal como la interpretaron los jueces de Estrasburgo y Luxemburgo.

² Tribunal Constitucional italiano. Sentencia núm. 81/1993, de 11 de marzo, en *Giurisprudenza costituzionale* (1993): 736, con comentario de Pace Alessandro.

En concreto, sin embargo, fue la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la que definió progresivamente los límites al almacenamiento y adquisición de datos de tráfico.

El punto de partida es la famosa sentencia *Digital Rights Ireland y Seitlinger* (de 8 de abril de 2014)³ con la que los jueces de Luxemburgo anularon la Directiva UE 2006/24 (la llamada directiva Frattini), relativa a la conservación generalizada e incondicional de los datos de tráfico, por parte de los proveedores, con fines de prevención y represión de delitos graves - por el grave sacrificio de la esfera privada que excede el principio de proporcionalidad en términos de estricta necesidad.

Después de haber destacado el carácter "cualificado" - o "más que personal"⁴ - de los metadatos generados por las comunicaciones electrónicas, que permiten reconstruir esferas enteras de relaciones personales y sociales a lo largo del tiempo de personas cuyos datos han sido almacenados, el Tribunal resolvió que esta grave intromisión, para ser razonable, debe ser contrarrestada por una regulación que, por el lado de la adquisición, limite el acceso a los datos en función del objetivo de luchar contra los delitos graves; sometiéndolo también a condiciones sustantivas y procesales precisas, así como a un control previo por parte del juez o de una autoridad administrativa independiente.

Los principios de garantía de la sentencia sobre derechos digitales fueron reiterados, también en lo que respecta a las normativas nacionales, en la sentencia *Tele 2 Sverige y Watson 5*, en la base de una lectura constitucionalmente orientada de la Directiva (UE) 2002/58 (relativa a la privacidad electrónica) que se convirtió en la única fuente regulatoria actual de la Unión Europea sobre retención de datos. Habiendo excluido la compatibilidad de las leyes nacionales que establecen un régimen general e indiferenciado para la conservación de todos los datos relativos a las comunicaciones electrónicas, se precisó que el art. 15, párr. 1, de la citada Directiva (UE) no es un obstáculo para la retención y el acceso "dirigidos" a datos de tráfico y de localización, con el fin de luchar contra delitos graves", cuando dicho procesamiento esté "limitado en la medida estrictamente necesaria", con respecto a las categorías de datos, medios de comunicación y interesados, así como a la duración de la comunicación.

³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 8 abril 2014, *Digital Rights Ireland e a. c. Minister for Communications*, asuntos C-293/12 e C-594/12, en <http://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, con comentario de Flor Roberto.

⁴ Conclusiones del Abogado General UE *Pedro Cruz Villalon*, asuntos C-293/12 e C-594/12.

2. EL ARTICULO 132 CÓDIGO DE PRIVACIDAD EN LA VERSIÓN ANTERIOR A LA LEY DE REFORMA 178/2021, DE 23 DE NOVIEMBRE

Los principios de las sentencias Digital Rights y Tele2Sverige pusieron en duda la legitimidad y, por tanto, la "sostenibilidad" de las estructuras regulatorias internas para el archivo y la adquisición indiscriminada de datos de tráfico. De esta manera, resulta inválido e inaplicable por los jueces nacionales, por entrar en conflicto con el derecho primario europeo el régimen previsto en el artículo 132 del Decreto Legislativo 196/2003, de 30 de junio ("Código de protección de datos personales", el llamado Código de Privacidad), modificado por el Decreto Legislativo 109/2008, de 30 mayo, que implementa la directiva 2006/24.

De hecho, la legislación italiana que transpone la directiva Frattini presentaba claros puntos de fricción con el canon de proporcionalidad.

El citado artículo 132 imponía la conservación "a efectos de comprobación y represión de delitos" de los datos relativos al tráfico telefónico "durante veinticuatro meses a partir de la fecha de su comunicación"; así como, "con las mismas finalidades", el de los datos relativos al tráfico electrónico "durante doce meses desde la fecha de la comunicación" y el de los datos relativos a llamadas no atendidas "durante treinta días" (párrafos 1 y 1-bis del artículo 132 Código de Privacidad).

Este régimen de conservación sistemático e indiscriminado, previsto en relación con todos los datos de tráfico y localización, con todos los medios de comunicación electrónica, así como con todos los abonados y/o usuarios registrados, sin límites ni excepciones de ningún tipo, no fue, sin embargo, reequilibrado por una regulación suficientemente precisa en materia de adquisición de datos; dada la falta de certeza no sólo de las condiciones específicas que legitiman la restricción del secreto, sino también de los tipos de delitos graves en los que se basa el acceso a los propios datos. De hecho, se permitía, como consecuencia del aplazamiento realizado por el apartado 3 del art. 132 en el párrafo 1 anterior, la accesibilidad a los datos de tráfico, mediante decreto motivado del Ministerio Público, independientemente de criterios objetivos precisos adecuados para limitar dicho acceso a lo estrictamente necesario - con la consiguiente emisión automática del decreto de adquisición - y, por otra parte, para fines genéricos de investigación y represión de los delitos (apartado 1 del art. 132). Precisamente la extrema indeterminación de esta referencia normativa, totalmente inadecuada para identificar los casos específicos de delitos "graves" respecto de los cuales delimitar dicho acceso, permitía obtener datos a los efectos de la in-

vestigación penal de cualquier hipótesis de delito, incluso leves; en conflicto, tanto con el principio de legalidad, como con la limitación de la referencia de la finalidad perseguida.

3. EL AUMENTO EXORBITANTE DE LOS TIEMPOS DE RETENCIÓN DE LOS DATOS DE TRÁFICO

Después de las sentencias, Digital Rights y Tele 2 Sverige, integrantes de un verdadero "Estatuto Europeo" de herramientas de vigilancia predestinadas a la recogida de datos "externos" al contenido de la comunicación, el legislador debería haber revisado toda la reglamentación de acuerdo con las garantías de legalidad, jurisdicción y proporción.

Por otrolado, no sólo no se ha producido una intervención rejuvenecedora inmediata para adaptarse a los estándares europeos, sino que se han adoptado medidas regulatorias con una acentuada inspiración de seguridad con la que, bajo la presión de la creciente amenaza del terrorismo global, se ha conseguido una importante, y muy preocupante, ampliación de los tiempos de almacenamiento en claro contraste con el canon de la proporcionalidad. Con el fin de garantizar la eficacia de los instrumentos de investigación en vista de las necesidades extraordinarias de la lucha contra el terrorismo internacional, el legislador italiano ha intervenido, con el art. 24 de la Ley Europea 167/2017, de 20 de noviembre, que desarrolla el art. 20 de la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo, que eleva el período de conservación de los datos telemáticos telefónicos (así como de los intentos de llamadas no contestadas) a setenta y dos meses (ilo que equivale a seis años!).

Este régimen, concebido originalmente en una perspectiva de emergencia y excepcionalidad, ha pasado a ser ordinario, habiéndose transfundido en el nuevo párrafo 5-bis del art. 132 del Código de Privacidad 196/2003, de 30 junio, modificado por el art. 11 del Decreto Legislativo 101/2018, de 10 de agosto.

La intención del legislador era introducir un régimen dual de conservación-adquisición, diferenciado en función del delito perseguido. Previendo, para los delitos comunes, un plazo de archivo articulado de veinticuatro meses, doce meses y treinta días -en función del origen de los datos- y, para los delitos graves de carácter terrorista, un plazo de conservación homogéneo de setenta y dos meses, con independencia del origen de los datos tratados.

Sin embargo, tal discrepancia en los períodos de conservación de los datos de tráfico no es factible en la práctica⁵.

De hecho, el operador, al no poder conocer ex ante para qué tipo de delitos serán solicitados los datos por el Ministerio Fiscal, estará obligado a conservar la gran cantidad de datos generados por las comunicaciones –vía telefónica, Internet o llamadas no contestadas- durante un plazo de seis años.

Por lo tanto, si sobre la base de los apartados 1, 1 bis y 5 bis del art. 132 del Código de Privacidad 196/2003, el tiempo ordinario de conservación de los datos telefónico-telemáticos es ahora igual a seis años, por lo que es evidente que, desde este punto de vista, el marco normativo italiano no está exento de graves denuncias de incompatibilidad con el derecho unitario europeo. Se trata, en efecto, de un período unitario de supresión que evidentemente no es "adecuado"⁶ y va en detrimento del derecho al olvido; así como excede el límite de estricta necesidad impuesto por el canon de proporcionalidad.

4. LA SENTENCIA H. K. C. PROKURATUUR: UN PUNTO DE NO RETORNO EN LA POLÉMICA SOBRE LA CONSERVACIÓN DE DATOS

El proceso de definición progresiva del delicado equilibrio entre las exigencias de seguridad y el derecho al respeto de la vida privada encuentra un desarrollo coherente en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, relativa al caso H.K. c. Prokuratuur⁷; lo que marca un punto de inflexión fundamental en la dirección de garantizar el marco normativo interno. En esta sentencia, el Tribunal de Luxemburgo ha examinado, de conformidad con los principios de legalidad y proporcionalidad, aspectos que aún no han sido suficientemente explorados.

En resumen, la sentencia controvertida tiene su origen en una cuestión de prejudicialidad planteada por el Riigikohus (Tribunal Supremo de l.o Civil y

⁵ Como se señaló de inmediato en la doctrina: Signorato Silvia, "Novità in tema di Data retention. La riformulazione dell'art. 132 Codice Privacy da parte del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101", en <http://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org>;

Baccari Gian Marco, "Il trattamento (anche elettronico) dei dati personali per finalità di accertamento dei reati", en *Cybercrime*, dir. por Cadoppi Alberto et al. (Torino: Utet, 2019): 1881.

⁶ Esto es contrario al artículo 5 (Períodos de conservación y examen) de la Directiva 2016/680/UE, que establece la obligación de los Estados de establecer «plazos adecuados para la supresión de los datos personales».

⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 2 marzo 2021, asunto C-746/18, *H.K. c. Prokuratuur*, en <https://www.processopenaleegiustizia.it>, con comentario de Andolina Elena.

Penal, Estonia), que planteó tres cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Más concretamente, preguntó si - con arreglo al artículo 15, apartado 1, de la Directiva (UE) 2002/58, interpretado a la luz de los artículos 7, 8, 11 y 52 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea - el objetivo de luchar contra la delincuencia en general puede justificar el acceso a los datos de tráfico almacenados por los proveedores si la duración de dicho acceso es corta o la cantidad de datos recopilados es muy limitada; si las pruebas obtenidas, contrarias al Derecho de la Unión, son admisibles y apreciables en el marco de un procedimiento penal; y, por último; si el Prokurator (Ministerio Fiscal) es una autoridad «independiente» en el sentido de la sentencia *Tele2 Sverige y Watson*.

Con respecto a las dos primeras cuestiones, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recordaron los principios de derecho ya establecidos en la materia, desarrollando sus implicaciones lógicas.

Por lo que respecta a las razones que justifica nel acceso a los datos conservados por los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre la base del criterio tripartito que implica el principio de proporcionalidad, reiteró que la licitud de la restricción de la intimidad «debe apreciarse midiendo la gravedad de la injerencia que dicha limitación implica y comprobando que la importancia del objetivo de interés general perseguido por [el primero] está relacionada con la gravedad de la injerencia»⁸.

Más concretamente, de acuerdo con el límite de necesidad previsto en el artículo 52 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el equilibrio entre el objetivo de interés general y los derechos fundamentales afectados por la medida exige que la injerencia sea estrictamente proporcionada al objetivo perseguido o, en otras palabras, que exista una correspondencia entre el grado de intensidad de la injerencia en las libertades individuales que sea perjudicial para el interés perseguido.

En consecuencia, cuantomás intenso es el sacrificio impuesto a la esfera subjetiva del individuo, mayor debe ser el "peso" del interés general que justifica la injerencia en la esfera individual⁹.

⁸ STJUE, asunto C-746/18, párr. 31 y 32.

⁹ Negri Daniele, "Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità davanti alle sfide del processo penale contemporaneo", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale* (2020): 3.

Sobre esta base, el Tribunal de Luxemburgo, por un lado, reafirmó el principio de que solo la lucha contra la delincuencia grave (o la prevención de amenaza graves para la seguridad pública) puede justificar injerencias graves en los derechos fundamentales previstos en los artículos 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como las derivadas de la conservación y recogida de datos de tráfico o de localización; independientemente de otros factores relacionados con la duración del período durante el cual se solicita el acceso a dichos datos, la cantidad o la naturaleza de los datos disponibles durante dicho período. En segundo lugar, reiteró que solo las injerencias no graves, como las resultantes del tratamiento de datos relativos a la identidad civil de los usuarios de medios de comunicación electrónicos, pueden justificarse por el objetivo de prevención, detección y persecución de las infracciones penales en general, establecido en el artículo 15, apartado 1, de la Directiva (UE) 2002/58. Dado que estos datos no permiten conocer la fecha, la hora, la duración y los destinatarios de las comunicaciones realizadas, ni el lugar o la frecuencia de dichas comunicaciones, no proporcionan ninguna información sobre las comunicaciones realizadas y, por tanto, sobre su vida privada»¹⁰.

Por lo que se refiere a la cuestión de la inadmisibilidad como prueba de los informes de datos de tráfico y de localización obtenidos sobre la base de una normativa incompatible con el Derecho de la Unión Europea, tanto en lo que respecta a la conservación generalizada e indiferenciada de los datos como a los métodos de acceso a los mismos, la postura del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se caracteriza por una cierta cautela.

Por una parte, se recordó que «en el estado actual del Derecho de la Unión, corresponde exclusivamente al Derecho nacional establecer las normas relativas a la admisibilidad y a la apreciación, en el marco de un proceso penal, de las pruebas «obtenidas en contra del Derecho de la Unión»; ya que, a falta de normas comunitarias específicas en la materia, corresponde a la competencia autónoma de los Estados miembros (en virtud del artículo 19 TUE) elegir las vías de recurso adecuadas para garantizar el respeto de los derechos de origen europeo en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión Europea.

Subrayando que dicha autonomía procesal debe ejercerse dentro de los límites marcados por el respeto de los principios de equivalencia de trato —entre las infracciones del Derecho de la Unión y las del Derecho nacional— y de

¹⁰ STJUE, asunto C-746/18, párr. 33 a 35.

efectividad del Derecho UE¹¹.

Es precisamente el principio de efectividad el que obliga al juez penal nacional a excluir las pruebas obtenidas, en el marco de un proceso penal, infringiendo el Derecho de la Unión Europea; cuando la admisibilidad y la utilidad de dichas pruebas puedan causar un perjuicio indebido a la persona acusada de una infracción penal, desde el punto de vista del respeto del principio de contradicción y, por tanto, del derecho a un proceso equitativo, impidiéndole hacer efectivas sus inferencias sobre los elementos de prueba antes mencionados¹².

Por lo que respecta a la tercera cuestión prejudicial, el Tribunal de Luxemburgo, al ser solicitado sobre la legitimidad del Ministerio Fiscal para autorizar, con fines de investigación, el acceso a los datos de tráfico y localización, precisó los criterios que debe cumplir una autoridad nacional para ser considerada “independiente”.

También en este aspecto, los principios del Tribunal¹³ son el corolario lógico del cumplimiento del criterio de proporcionalidad, en el que debe basarse el equilibrio racional entre las necesidades de investigación perseguidas y la protección de los derechos individuales en juego. Sobre la base de este criterio, el reconocimiento de la capacidad de perjuicio acentuada del almacenamiento y la recogida de datos de tráfico implica que el acceso no solo debe estar respaldado por una justificación reforzada, sino también por condiciones sustanciales de procedibilidad idóneas para garantizar que la ingerencia en sus derechos fundamentales no se haga sin el límite de la estricta necesidad.

El pleno respeto de estos parámetros exige - como señala el Tribunal de Justicia de la Unión Europea - «que el acceso de las autoridades nacionales competentes a los datos conservados esté sujeto a un control previo efectuado

¹¹ Peraro Cinzia, “L'autonomia procedurale degli Stati membri alla prova della Carta dei diritti fondamentali”, *Annali AISDUE* (2020), in <https://www.aisdue.eu>, en el que se señala que el principio de autonomía procesal está «sujeto a un equilibrio con otros principios fundamentales, como la equivalencia y la efectividad, que son los parámetros de referencia de las disposiciones procesales internas».

¹² STJUE, asunto C-746/18, párr. 44.

¹³ Disipando así las dudas interpretativas generadas por el uso de los términos "jurisdicción" -en la versión francesa- y "court" -en la versión inglesa-, entendidos, incluso recientemente, por Tribunal de Casación italiana en un sentido promiscuo, es decir, tal que incluye tanto al juez como al fiscal (sección II de sentencia de 10 diciembre de 2019, n. 5741, in Casación ced, n. 278568; sección III de sentencia de 19 de abril de 2019, n. 36380, in *Sistema penale*, n. 5 (2020): 5, con comentario de Neroni Rezende Isadora, <https://www.sistemapenale.it>; e in *Diritto di Internet*, n. 4 (2019): 753, con comentario de Luparia Luca, <https://dirittodiinternet.it>).

por un órgano jurisdiccional o por un órgano administrativo independiente»; que «presenta todas las garantías necesarias para garantizar la conciliación de los distintos intereses y derechos en juego». Se precisa que, cuando tal control es ejercido «por una entina administrativa independiente, dicha entina debe gozar de un estatuto que le permita actuar con objetividad e imparcialidad en el ejercicio de su misión, de modo que esté libre de toda influencia externa»¹⁴.

Es, por tanto, la «exigencia de independencia» la que impone la imparcialidad -respecto de la que solicita el acceso a los datos- de la autoridad encargada de ejercer el control previo; y de scartar que "esté involucrado en la realización de la investigación penal"¹⁵.

Precisamente los dos parámetros en los que se traduce la independencia - la impermeabilidad a los elementos externos que pueden influir en las decisiones; y la capacidad de satisfacer, en virtud de las funciones que le han sido encomendadas, una exigencia de objetividad en el marco del control que ejerce - no existen un fiscal que dirige las investigaciones penales y asume, en caso de enjuiciamiento, la condición de parte en el proceso.

En efecto, no basta con que, a efectos de la imparcialidad respecto de los intereses en juego, el Ministerio Fiscal esté obligado a actuar únicamente en el plano jurídico.

Así, se ha aclarado que, de acuerdo con el art. 15 de la Directiva (UE) 2002/58, solo la intervención preventiva de un organismo «por encima de toda sospecha de parcialidad»¹⁶, como los tribunales, puede garantizar un control riguroso de la medida que invade la esfera privada, capaz de limitar el acceso a los datos almacenados dentro del límite de racionalidad impuesto por el canon de proporcionalidad y, por tanto, de frenar el peligro de abuso y/o de injerencia arbitraria.

5. EL NUEVO RÉGIMEN DE ACCESIBILIDAD A LOS DATOS "EXTERNOS" DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y ELECTRÓNICAS

Una vez rechazado el supuesto de la capacidad invasiva reducida del instrumento en cuestión - en la base del régimen no protector previsto en el art. 132 del Código de Privacidad 196/2003 - se confirmó la ilegitimidad de este

¹⁴ STJUE, asunto C-746/18, párr. 51-53.

¹⁵ STJUE, asunto C-746/18, párr. 54.

¹⁶ Como se señala en el § 103 del Dictamen de Avv. gen. Pitruzzella de la UE.

marco normativo y la imposibilidad de postergar una reforma destinada a superar las fricciones con los estándares de garantía identificados por los jueces luxemburgueses¹⁷

El legislador ha intervenido finalmente con el art. 1 del Decreto-Ley 132/2021, de 30 de septiembre, ante la "extraordinaria necesidad y urgencia de garantizar la posibilidad de adquirir datos relativos al tráfico telefónico y electrónico a efectos de investigación penal de conformidad con los principios establecidos [...] en la sentencia de 2 de marzo de 2021»; decreto, posteriormente, convertido por la Ley 178/2021, de 23 noviembre.

Por lo que se refiere al momento de la adquisición, la nueva normativa marca la transición de un acceso centralizado e incondicional a todos los datos de tráfico almacenados por el operador, independientemente de los límites objetivos y teleológicos adecuados para limitar el citado acceso a lo estrictamente necesario; a un regime adquisitivo, delimitado *ratione materiae* y suficientemente preciso en cuanto a las condiciones específicas de la medida restrictiva. Con el fin de llegar a un equilibrio razonable entre los valores opuestos, a lo largo de las coordenadas marcadas por la reserva de ley y jurisdicción, así como por el canon de la proporción.

Desde el punto de vista de la competencia, de acuerdo tanto con el Derecho vigente de la Unión Europea como con el papel de parte procesal desempeñado por el fiscal en el sistema procesal penal italiano, este último se ha visto privado de legitimidad para ordenar la obtención de datos de tráfico; reservándola exclusivamente al Tribunal, como garante de los derechos fundamentales de la persona. Al reconocer la función de la acusación como un mero impulso, mediante una facultad de solicitud que se sitúa—de acuerdo con el principio de la acción dispositiva en materia de prueba—junto con la facultad de "petición del abogado del acusado, de la persona investigada, de la parte perjudicada y de otros particulares" (nuevo párrafo 3 del artículo 132 del Código de Privacidad 196/2003); o, en el momento de la validación posterior, "cuando existan razones de urgencia y existan razones razonables para creer que la demora puede resultar en un perjuicio grave para las investigaciones" (párrafo 3-bis).

La decisión de excluir los poderes de iniciativa de la acusación desvinculados del control directo del juez logra un mayor equilibrio entre el

¹⁷ El 22 de julio de 2021 (doc web n. 9696764, in <https://www.garanteprivacy.it>), el Garante de la protección de datos personales instó inmediatamente a la necesidad de una reforma tras la sentencia *H.K. c. Prokuratuur*.

fiscal y los demás sujetos o partes que requieren adquisición dos datos. Sin embargo, todavía existe algunos puntos de fricción con el principio de igualdad de las partes (artículo 111 de la Constitución italiana) en cuanto a los metodo concretos de ejecución del decreto sudicia que autoriza el acceso a los datos de tráfico¹⁸.

Al llenar el vacío legal en cuanto a condiciones que legitiman la restricción del secreto sobre el hecho histórico de la comunicación y de manera similar a lo previsto para la interceptación de conversaciones o comunicaciones, el acceso a losdatos de la autoridad competente se ha vinculado a la doble condición sustantiva (la "prueba suficiente de un delito") y procesal (la pertinencia de los datos para la determinación de los delitos para los que la ley establece la pena de cadena perpetua o prisión no inferior a tres años, y de los delitos de amenaza y hostigar o molestar a la persona por medio del teléfono), cuando la amenaza, el hostigamiento o la perturbación sean graves» (párrafo 3).

De este modo, como consecuencia de la referencia al concepto no técnico de prueba en sentido objetivo, para que el juez autorice legítimamente dicho acceso, es necesario disponer de elementos de prueba caracterizados por un grado «suficiente» de intensidad persuasiva y que puedan sugerir una relación pertinente entre los datos de tráfico obtenidos y la infracción penal. Por lo tanto, el acceso también puede implicar a usuarios (o computadoras) en nombre o en uso de sujetos completamente ajenos al delito por elque se está llevando a cabo el proceso, es decir, que no sean el sospechoso o acusado; siempre y cuando exista una conexión entre el usuario (o el ordenador) a controlar y el infractor. Esta solución normativa, similar a la ya prevista en materia de interceptación, tiene la ventaja de no excluirl el uso de esta herramienta de vigilancia ex post en procedimientos contra personas desconocidas; al mismo tiempo, frenaría cualquier comportamiento elusivo –como el uso del teléfono o el ordenador de un amigo, que podría preverse si los datos del acusado estuvieran sujetos a un control a posteriori¹⁹.

¹⁸ En caso de negativa reiterada de los proveedores a cumplir la orden del juez, si bien el fiscal puede ordenar la incautación probatoria de los registros telefónicos, elabogado defensor de la persona interesada solo puede solicitar la intervención del juez. Críticas sobre este punto: Andolina Elena, "Acquisizione dei dati esterni", en *La nuova disciplina delle intercettazioni*, cur. por Maggio Paola (Torino: Giappichelli, 2023): 419; Dinacci Filippo, "L'acquisizione dei tabulati telefonici tra anamnesi, diagnosi e terapia: luci europee e ombre legislative" (2021), in <https://www.processopenalegiustizia.it>.

¹⁹ Crítica la decisión de someter también a control los servicios públicos de personas distintas del sospechoso/acusado, Filippi Leonardo, "La nuova disciplina dei tabulati: il commento "a caldo"(2021),

El citado informe de pertinencia es una condición sustantiva necesaria pero no suficiente para la accesibilidad a los datos, ya que no se desvincula de la ocurrencia de una finalidad procesal específica predeterminada por la ley, en vista de cuya satisfacción puede justificarse el impacto en la esfera individual. También debe existir un vínculo funcional, configurado en función de la «pertinencia» de la actividad de “adprehensio”, entre los datos que deben obtenerse y la «determinación» del delito grave concreto por el que se está incoando el procedimiento.

La pertinencia de los datos de tráfico a efectos de la investigación permite la adquisición de tales datos no solo en los momentos posteriores al cierre de las investigaciones y a lo largo del juicio, sino también en las fases iniciales de la investigación como primer acto de investigación. La provisión de parámetros precisos a los que se basa la autorización para la adquisición de datos "externos" de tráfico telefónico implica un mayor rigor en el cumplimiento de la obligación de motivación adecuada y específica impuesta por la tasa de proporcionalidad y por el propio artículo 15 de la Constitución italiana, como complemento de la reserva de jurisdicción y protección última del derecho inviolable al secreto contra el riesgo de injerencias arbitrarias e injustificadas.

Con ello se frena la lamentable tendencia –alimentada precisamente por el citado vacío normativo en cuanto a los supuestos de accesibilidad a los datos– de recurrir a razones aparentes, o pseudomotivaciones de contenido tautológico, que han acabado degradando, en la práctica, la obligación de motivación hasta el mero cumplimiento virtual.

En efecto, para cumplir con esta obligación, el juez deberá en el decreto de autorización no sólo indicar con suficiente claridad el título del delito para cuya comprobación pretende obtener los datos, sino también justificar las pruebas de las que se deducen los indicios, así como las necesidades probatorias concretas que, en la práctica, se pretenden satisfacer con la citada adquisición.

Es claro, entonces, que la obligación de motivación se ve reforzada por la disposición expresa de la sanción estricta de la inutilización patológica, cuyo alcance se ha ampliado oportunamente a todos los "datos adquiridos en violación de las disposiciones de los párrafos 3 y 3-bis" por el nuevo párrafo 3-*quater*, artículo 132 del Código de Privacidad 196/2003.

en <https://www.penaledp.it>.

Por lo tanto, los datos adquiridos serán inutilizables no sólo en contraste con las garantías y métodos de adquisición a que se refieren los apartados 3 y 3-bis, sino también en ausencia de una justificación exhaustiva y articulada de la medida de adquisición.

En definitiva, resulta que el legislador, con vistas a la plena aplicación del principio de legalidad procesal también in subiecta materia, y respetando el principio de efectividad valorado por el Tribunal de Justicia, pretendía eliminar cualquier posible duda en cuanto a las consecuencias sancionadoras, optando expresamente –simétricamente– con las disposiciones sobre interceptación del art. 271, párrafo 1, código de procedimiento penal italiano – por la sanción severa de inutilización patológica. Una confirmación más de la importante capacidad intrusiva del instrumento en cuestiones que, como tal, debe estar sujeta a mecanismos de protección homogéneos y, en todo caso, no menos garantistas que las previstas en el ámbito de la interceptación.

6. LA REFORMA DEL ART. 132 CÓDIGO DE PRIVACIDAD: SÓLO UNA ADAPTACIÓN PARCIAL A LA LEGISLACIÓN DE LA UE

La ley 178/2021 logra sin duda un cambio de rumbo en la dirección de las garantías, en línea con el sólido modelo de protección de la privacidad en lo que respecta a la protección de datos personales, implementado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pero solo limitado a la adquisición de datos "externos" de comunicaciones telefónicas y telemáticas con el fin de luchar contra la delincuencia grave. Es cierto que no sólo destaca la ubicación anómala fuera del código de procedimiento penal del instrumento de investigación en cuestión²⁰, sino también el contraste del *ius conditum* con respecto al derecho de la Unión Europea en lo que respecta al aspecto específico de la conservación de datos («almacenamiento de datos»). Es innegable, en efecto, la evidente "asimetría" de la legislación interna debida tanto al exorbitante plazo de retención (párrafo 5-bis del artículo 132 del Código de Privacidad 196/2003), así como el regime sistemático e indiscriminado de archivo de todos los datos relativos al tráfico telefónico/telemático y a la localización, relativos a todos los

²⁰ A la luz de las afinidades con el instrumento interceptivo, reforzadas aún más por la sentencia *H.K. c. Prokuratuur*, la legislación pertinente debería haber encontrado su lugar natural en los medios de investigación y aseguramiento de la evidencia, inmediatamente después de la regulación de la captura de contenidos comunicativos.

abonados y/o usuarios(párrafos 1 y 1 bis del artículo 132).

Este último sigue siendo censurado por dos recientes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que confirmaron la prohibición de la retención generalizada e indiscriminada de datos relativos al tráfico de comunicaciones electrónicas con el fin de luchar contra la delincuencia. Reiterando que la normativa nacional, para ser compatible con el art. 15, apartado 1, de la Directiva (UE) 2002/58 debe prever el almacenamiento selectivo de registros, delimitados sobre la base de pruebas objetivas, según categorías de personas afectadas, durante un período de tiempo limitado pero renovable²¹.

Pero hay más. Tampoco es pienamente compatible el regime regulador de la adquisición "a posteriori" de datos "externos" de comunicaciones telefónicas o telemáticas con fines preventivos (artículo 226 de las disposiciones de coordinación del código de procedimiento penal italiano) con el sistema de protección previsto en los artículos 7, 8 y 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales UE.

Las cuestiones más críticas siguen siendo la insuficiencia de las condiciones objetivas de la medida de autorización, así como la elección de conferir la legitimidad para ordenar la autorización de los controles preventivos, en lugar del juez, al fiscal («el fiscal del tribunal de la capital del distrito en el que se encuentra el sujeto a control o, si no es determinable, del distrito en el que han surgido las necesidades de prevención»)²².

A la espera de la deseable armonización de toda la normativa sobre herramientas de vigilancia para la recogida automatizada de datos "externos" al contenido de la comunicación, queda confirmada la incompatibilidad con el Derecho de la Unión y la consiguiente "precariedad" del sistema normativo interno en lo que respecta a los perfiles de fricción aún no superados por el legislador. De hecho, no está demás recordar que es una obligación de los

²¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 20 de septiembre de 2022, asuntos VD (C-339/2020) e SR (C-397/20), y SR (C-397/20), y sentencia de 5 de abril de 2022, *G.D. c. Commissioner of the Garda Síochána, Minister for Communications, Energy and Natural Resources, Attorney General*, asunto C-140/20. Sobre las consecuencias de esta última sentencia en el derecho italiano, Iovene Francesca, "Nuova decisione della Corte di Giustizia in materia di tabulati: quali conseguenze per l'ordinamento nazionale?", in *Cassazione penale* 6 (2022): 2344.

²² Del mismo modo, la competencia concurrente del Fiscal General del Tribunal de Apelación de Roma para autorizar, de conformidad con el art. 4, párr. 2, del Decreto Legislativo n.º 144/2005, los controles preventivos contra el terrorismo y la subversión exigidos por los directores de los servicios de inteligencia de seguridad (controles de seguridad).

órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la base de la primacía del Derecho europeo, «garantizar la plena eficacia de [esta última] mediante la inaplicación, en su caso, por propia iniciativa, de cualquier disposición contraria de la legislación nacional, aunque sea posteriormente, sin tener que solicitar o esperar a su supresión previa por vía legislativa o constitucional»²³.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- A Amato Giuseppe, *Nella "costruzione" normativa si è sminuito il ruolo del p.m.*, in *Guida diritto* n° 39 (2021), de 16 octubre.
- Andolina Elena, *Acquisizione dei dati esterni*, in *La nuova disciplina delle intercettazioni*, curado por Maggio Paola, (Torino: Giappichelli, 2023): 402.
- Ead., *La sentenza della Corte di giustizia UE nel caso H.K. c. Prokuratuur: un punto di non ritorno nella lunga querelle in materia di data retention?*, in www.processopenaleegiustizia.it (2021).
- Ead., *L'acquisizione nel processo penale dei dati esteriori delle comunicazioni telefoniche e telematiche*, (Milano: Cedam, 2018).
- Aprile Ercole, Spiezia Filippo, *Le intercettazioni telefoniche e ambientali. Innovazioni tecnologiche e nuove questioni giuridiche*, (Milano: Giuffrè, 2004).
- Baccari Gian Marco., *Il trattamento (anche elettronico) dei dati personali per finalità di accertamento dei reati*, en *Cybercrime*, dirigido por Cadoppi Alberto, Canestrari Stefano, Manna Alberto y Papa Michele (Milano: Utet Giuridica, 2019): 1868.
- Bertuol Roberto, *La nuova disciplina per l'acquisizione dei tabulati telefonici: l'interpretazione "autentica" del legislatore e la parola fine alla (fin troppo) lunga querelle giurisprudenziale*, en *Giurisprudenza penale* (2021): 12.
- Caianello Michele, *Il principio di proporzionalità nel processo penale*, en <http://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org> (2014).
- Camon Alberto, *L'acquisizione dei dati sul traffico delle comunicazioni*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale* (2005): 594.
- Cisterna Alberto, *Cedu e diritto alla privacy*, en *Principi europei del processo penale*, curado por Gaito Alfredo, (Roma: Dike Giuridica, 2016), 193.
- Costanzi Claudio, *Big data e garantismo digitale. Le nuove frontiere della giustizia penale nel XXI secolo*, en www.lalegislazionepenale.ue (2019).
- De Leo Francesco, *Controllo delle comunicazioni e riservatezza (a proposito di tabulati, tracciamenti, intercettazioni, conservazione dei dati e dintorni)*, en *Cassazione*

²³ STJUE, asunto C-140/20.

- penale*, n° 42 (2002): 2208.
- Demartis Fabrizio, *La nuova disciplina sui tabulati: un completo adeguamento agli standard europei?*, en *Diritto penale e processo*, n° 3 (2022): 299.
- Dinacci Filippo, *L'acquisizione dei tabulati telefonici tra anamnesi, diagnosi e terapia: luci europee e ombre legislative*, en www.processopenaleegiustizia.it (2022).
- Filippi Leonardo, *La nuova disciplina dei tabulati: il commento "a caldo"*, en in <https://www.penaledp.it>.(2021).
- Id., *Intercettazioni, tabulati e altre limitazioni della segretezza delle comunicazioni, Soggetti, atti e prove*, vol. I, *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, dirigitto por Spangher Giorgio, (Torino: Utet Giuridica, 2015): 1100.
- Galgani Benedetta, *Giudizio penale, habeas data e garanzie fondamentali*, en www.archiviopenale.web (2019).
- Iovene Federica, *Nuova decisione della Corte di Giustizia in materia di tabulati: quali conseguenze per l'ordinamento nazionale*, en *Cassazione penale*, n°6 (2022): 2363.
- Lorusso Sergio, *Digital evidence, cyber crime e giustizia penale*, en www.processopenaleegiustizia.it (2019).
- Marcolini Stefano, *L'istituto della data retention dopo la sentenza della Corte di giustizia del 2014*, en *Cybercrime*, dirigitto por Cadoppi Alberto, Canestrari Stefano, Manna Alberto y Papa Michele (Milano: Utet Giuridica, 2019): 1849.
- Natalini Aldo, *Relazione n. 55/2021 del Massimario sulle novità introdotte dal d.l. 132/2021 in tema di acquisizione di tabulati telefonici e telematici*, en <https://www.sistemapenale.it> (2021).
- Rodotà Stefano, *Prefazione, Libera circolazione e protezione dei dati personali*, curado por Panetta Rocco, (Milano: Giuffrè, 2006).
- Signorato Silvia, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, (Torino: Giappichelli, 2018).
- Spangher Giorgio, *Data retention: svolta garantista ma occorre completare l'impianto*, en *Guida diritto* (2021), n° 39, de 16 octubre.

ELENA AUGUSTA ANDOLINA
 Università degli Studi "Magna Graecia" de Catanzaro (Italia),
 Dipartimento
 di Giurisprudenza, Economia e Sociologia
 elena.andolina@unicz.it
 Orcid: 0009-0009-0680-8055



LA LUCHA DE LA UNIÓN EUROPEA CONTRA LA DELINCUENCIA
ORGANIZADA: LA NUEVA HOJA DE RUTA DE 2023

THE EUROPEAN UNION'S FIGHT AGAINST ORGANIZE

D CRIME: THE NEW ROADMAP FOR 2023

JOSÉ ENRIQUE ANGUITA OSUNA¹

Universidad Rey Juan Carlos. Madrid

Recibido: 30/10/2023 Aceptado: 21/11/2023

RESUMEN

La delincuencia organizada se ha convertido en una gran amenaza global, por lo que las actividades delictivas transnacionales se tienen que combatir en base a la cooperación internacional. La Unión Europea lleva muchos años trabajando para prevenir y combatir la lucha contra la delincuencia organizada, habiendo logrado importantes éxitos y avances en la construcción de la Europa de la Seguridad, con la elaboración de significativos instrumentos políticos, normativos e institucionales, que permiten que la lucha contra la delincuencia organizada sea mucho más eficaz. Asimismo, la Unión Europea continúa trabajando contra esta amenaza, puesto que está implementando la Estrategia de la

¹ José Enrique Anguita Osuna es Profesor Contratado Doctor de Historia del Derecho y las Instituciones en la Universidad Rey Juan Carlos (URJC). Es licenciado en Derecho por la URJC, obtuvo el Máster de Derecho Público en el Estado Autonomico de la URJC y el Máster de Derecho Privado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Asimismo, es Doctor por la URJC. Sus actuales líneas de investigación son la seguridad interior en la Unión Europea y la Historia de la acción social en el siglo XIX. Ha participado en proyectos de investigación, congresos académicos y tiene publicaciones en las líneas de investigación mencionadas.

Unión Europea para luchar contra la delincuencia organizada 2021-2025 y, al mismo tiempo, acaba de adoptar la nueva hoja de ruta de la Unión Europea para la lucha contra el tráfico de drogas y la delincuencia organizada.

Palabras clave: Unión Europea, seguridad, lucha, delincuencia organizada, transnacional.

ABSTRACT

The organized crime has become a major global threat, which is why transnational criminal activities must be combated based on international cooperation. The European Union has been working for many years to prevent and combat the fight against organized crime, having achieved important successes and advances in the construction of a Europe of Security, with the development of significant political, regulatory and institutional instruments, which allow fight against organized crime much more effective. Likewise, the European Union continues to work against this threat, since it is implementing the European Union Strategy to fight organized crime 2021-2025 and, at the same time, has just adopted the new European Union roadmap for fight against drug trafficking and organized crime.

Keywords: European Union, security, fight, organized crime, transnational.

Sumario: 1. Introducción. 2. Aspectos generales de la delincuencia organizada. 3. La acción de la Unión Europea en la lucha contra la delincuencia organizada. 3.1. Evolución histórica. 3.2. Herramientas vigentes para luchar contra la delincuencia organizada en la Unión Europea. 3.3. Nueva hoja de ruta para luchar contra la delincuencia organizada. 4. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años el proceso de globalización económica ha producido enormes ventajas desde el punto de vista económico y social, aunque también ha desencadenado la aparición de desventajas desde el punto de vista de la seguridad, ya que han proliferado, según apunta Anguita Olmedo:

«las organizaciones del crimen internacional que son, en definitiva, una evolución de la delincuencia tradicional y que amenazan la seguridad, nacional e internacional»².

Esta postura ha sido respaldada, entre otros, por Jaime-Jiménez y Castro, quienes también inciden en la idea de que la globalización económica ha podido influir en el crecimiento de la delincuencia organizada, puesto que las posibilidades de algunos grupos criminales se han visto potenciadas, a diferencia de lo que sucedía antiguamente, cuando estos grupos criminales, tan solo operaban en espacios geográficos más limitados. Por tanto, en la actualidad estos grupos se están expandiendo con rapidez y están desarrollando sus acciones delictivas en una dimensión transnacional³.

Así pues, la delincuencia organizada se ha convertido en un problema de grandes dimensiones, ya que, como apunta Rodríguez:

«se desliza en las instituciones políticas, alimenta la corrupción y desdibuja la buena gobernanza porque estimula el crecimiento de quienes realizan sus actividades al margen del sistema legal»⁴.

Además, es un problema que se ha internacionalizado, puesto que, tal y como sostienen Ruiz y González:

«la importancia del crecimiento del crimen organizado ha ido pareja a la de los diferentes fenómenos que, superando el marco tradicional de los Estados, se

² Concepción Anguita Olmedo, “La delincuencia organizada, un asunto interior de la Unión Europea. Concepto, características e instrumentos para su neutralización”, *Revista Española de Relaciones Internacionales* 2 (2010): 153.

³ Óscar Jaime-Jiménez y Lorenzo Castro Moral, “La criminalidad organizada en la Unión Europea. Estado de la cuestión y respuestas institucionales”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals* 91 (2010): 175.

⁴ Juan Manuel Rodríguez Barrigón, “El derecho internacional, los ODS y la lucha contra el crimen transnacional”, en *Objetivos de desarrollo sostenible y Derechos Humanos: paz, justicia e instituciones sólidas. Derechos Humanos y empresas*, dirigido por Cástor M. Díaz Barrado y Carlos R. Fernández Liesa (Madrid: Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria de la Universidad Carlos III de Madrid, 2018), 197-198.

han lanzado a la mundialización de espacios esenciales del desarrollo humano»⁵.

Por tanto, la delincuencia organizada, en sus diferentes manifestaciones, supone una amenaza global y un gran problema para la seguridad de la Unión. Es preciso añadir que, en la actual sociedad, dominada por la utilización de las nuevas tecnologías e Internet, la lucha contra la ciberdelincuencia ocupa un lugar preeminente en la actuación de las autoridades policiales y judiciales comunitarias. Están proliferando las actividades delictivas relacionadas con la explotación sexual infantil y los fraudes en línea, y los delincuentes se adaptan mejor a las nuevas tecnologías, se especializan y cooperan más entre ellos. En definitiva, la ciberdelincuencia tiene un amplio alcance y provoca enormes daños a las personas, a las organizaciones públicas y privadas, así como a la economía y la seguridad de la Unión Europea⁶.

En cuanto a las vías que se utilizan para combatir la actual delincuencia organizada, Rodríguez apunta que se ha producido una transformación en las relaciones internacionales en el ámbito de la seguridad y la defensa, que afectan a las tradicionales funciones que corresponden a cada Estado soberano. Así pues, en este nuevo marco se ha observado una internacionalización de las actividades delictivas que provocan graves amenazas y daños a las personas y los Estados⁷.

Por tanto, en primer lugar, se tiene que actuar desde un marco de cooperación internacional. En este sentido, Díaz establece que:

«el carácter transnacional que define la delincuencia organizada hace que no pueda ser combatida exclusivamente por los Estados de manera unilateral, siendo preciso acudir a la cooperación internacional para poner fin a las prácticas de este fenómeno»⁸.

En el ámbito relativo a la lucha contra la delincuencia organizada, la Unión Europea trabaja básicamente en dos direcciones: en primer lugar, elaborando

⁵ Luis Ramón Ruiz Rodríguez y Gloria González Agudelo, “El factor tecnológico en la expansión del crimen organizado. ¿Menores en riesgo?”, en *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, dirigido por Luz María Puente Aba (Granada, Comares, 2008), 7.

⁶ Europol, *IOCTA. Internet organised crime threat assessment 2023* (Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2023), 5.

⁷ Juan Manuel Rodríguez Barrigón, “Relaciones estratégicas eurolatinoamericanas y delincuencia organizada”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura* 29 (2011): 153.

⁸ Elena Carolina Díaz Galán, “La lucha contra la delincuencia organizada en la Unión Europea: una cuestión de derechos humanos y de seguridad”, en *Forjando nuevos caminos: investigaciones noveles en criminología*, editado por Elena Casado Patricio, María Izco Rincón y Ana Páez-Mérida (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021), 108.

programas de cooperación y, en segundo lugar, creando un marco uniforme que permita definir con claridad los criterios de actuación, a través de la redefinición conjunta del concepto de la delincuencia organizada, con el objeto de mejorar la seguridad pública, optimizando la operatividad policial y aplicando la extradición de los delincuentes entre los Estados socios⁹.

Por otro lado, Anguita Osuna apunta que en la lucha contra la delincuencia organizada es primordial apostar por la prevención de las actividades delictivas, puesto que, si las autoridades policiales y judiciales actúan con anticipación,

«se consigue prevenir la comisión de estas actividades delictivas y, con posterioridad, no se dará pie a que las organizaciones criminales puedan culminar sus acciones ilícitas y, por tanto, puedan mermar tanto los derechos de los ciudadanos como la seguridad interior de la Unión Europea»¹⁰.

A continuación, se van a analizar algunos aspectos generales de la delincuencia organizada. Posteriormente, se abordará la acción de la Unión Europea en la lucha contra la delincuencia organizada, haciendo hincapié, en primer lugar, a su evolución histórica, en segundo lugar, a las principales herramientas vigentes con las que cuenta la Unión Europea para luchar contra la delincuencia organizada y, finalmente, a la nueva hoja de ruta de la Unión Europea, adoptada el 18 de octubre de 2023, para luchar contra la delincuencia organizada.

2. ASPECTOS GENERALES DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

La creación de una definición clara y acertada sobre delincuencia o crimen organizados no es sencilla. Tal y como apunta Palazón, el crimen organizado realmente no es un delito, sino más bien una forma de cometer los delitos de forma organizada y estructurada, por lo que la doctrina no ha sido capaz de establecer una definición totalmente consensuada¹¹.

Sin embargo, Zúñiga, advierte de la importancia que tiene intentar construir un concepto consensuado de delincuencia organizada, por varios motivos,

⁹ Sonia García Vázquez, “Inmigración ilegal y trata de personas en la Unión Europea: la desprotección de las víctimas”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 10 (2008): 254.

¹⁰ José Enrique Anguita Osuna, *La seguridad interior en la Unión Europea. Del Acuerdo de Schengen 1985 a la Estrategia para una Unión de la Seguridad 2020* (Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2021), 164.

¹¹ María José Palazón Pagán, “Delincuencia organizada y corrupción: afectación de la gestión pública”, *GIGAPP Estudios* 95 (2018): 332.

entre los cuales se encuentran los siguientes: los convenios internacionales plantean la armonización de la normativa penal de los diferentes Estados, con la finalidad de facilitar la doble incriminación; hay que establecer una diferencia clara entre la criminalidad organizada y otras actividades criminales conexas, entre las cuales se puede incluir el terrorismo, la corrupción política o la criminalidad empresarial, por lo que la existencia de estas prácticas delictivas conexas, motiva la necesidad de establecer una definición clara del concepto de delincuencia organizada¹².

A continuación, con el objeto de profundizar en el tema que nos ocupa, se van a aportar algunas definiciones que se han confeccionado sobre delincuencia o crimen organizados, así como de grupo criminal organizado:

En primer lugar, Ruiz y González sostienen que se puede definir el crimen organizado del siguiente modo¹³:

«Conjunto de conductas humanas complejas, y aunque sea dicho en términos simplificadores, representa la adicción de un elemento funcional que facilita su ejecución -la organización-, al hecho jurídico que constituye el delito».

Además, Bueno afirma que, en la Unión Europea, desde una perspectiva policial, se entiende que un delito puede ser considerado criminalidad organizada cuando se reúnen al menos seis características de las enunciadas en la siguiente lista, de las cuales serán obligatorias al menos 3 (las que figuran con los números 1, 5 y 11)¹⁴:

«1. Más de dos personas; 2. Distribución de tareas entre ellas; 3. Permanencia; 4. Control interno; 5. Sospechosas de la comisión de un delito grave; 6. Actividad internacional; 7. Violencia; 8. Uso de estructuras comerciales o de negocios; 9. Blanqueo de dinero; 10. Presión sobre el poder público; 11. Ánimo de lucro».

Por otro lado, en cuanto a la conceptualización de grupo criminal organizado, haciendo referencia a la Convención de Naciones Unidas contra la

¹² Laura Zúñiga Rodríguez, “Criminalidad organizada, derecho penal y sociedad. Apuntes para el análisis”, en *El desafío de la criminalidad organizada*, coordinado por Nieves Sanz Mulas (Granada: Comares, 2006), 41-42.

¹³ Ruiz Rodríguez y González Agudelo, “El factor tecnológico...”, 1.

¹⁴ Francisco Bueno Arús, “Política judicial común en la lucha contra la criminalidad organizada”, en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, editado por Juan Carlos Ferré Olivé y Enrique Anarte Borrallo (Huelva: Servicio de publicaciones de la Universidad de Huelva, 1999), 59.

Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000, Verger aporta la siguiente definición¹⁵:

«Grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material».

Además, en el artículo primero de la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada se definió la organización delictiva del siguiente modo¹⁶:

«Una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto periodo de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material».

En cuanto a las características del crimen organizado, Anguita Olmedo apunta que pueden ser las siguientes: una gran capacidad de adaptación, ya que son grupos que han asimilado bien las nuevas tecnologías, y son grupos más flexibles, que son capaces de extenderse por las áreas de negocio, donde encuentran debilidades económicas, jurídicas, policiales y políticas; una delincuencia globalizada, porque incorpora a delincuentes de diferentes nacionalidades que tienen una alta circulación, en el sentido de que provoca el incremento del «crimen organizado foráneo» en lugares como los Estados Unidos o la propia Unión Europea; la desconcentración del crimen organizado, en el sentido de que están más especializados y están nutridos de miembros más profesionales y, además, se ha observado una externalización y deslocalización de los grupos criminales; la «responsabilidad corporativa», puesto que ciertos grupos del crimen organizado, en ocasiones, llevan a cabo una acción social que tendría que ser desempeñada por el Estado, sustituyéndole cuando éste no ha sido capaz de cubrir las necesidades de la población; la adaptación de las organizaciones del crimen

¹⁵ Jordi Verger Sans, *Delincuencia organizada en Cataluña. Marco competencial de la Guardia Civil, medidas de coordinación e intercambio de información* (Madrid: Instituto Universitario de Investigación sobre Seguridad Interior, 2008), 12.

¹⁶ Art. 1 Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada: Diario Oficial de la Unión Europea L 300, de 11 de noviembre de 2008.

organizado a la realidad, puesto que se adaptan a todos los recursos e instrumentos disponibles, como son las nuevas tecnologías y las redes sociales¹⁷.

Por otro lado, Ruiz Díaz considera que las principales características que tiene la criminalidad organizada transnacional son las siguientes: en primer lugar, se trata de una estructura organizativa estable que desarrolla actividades delictivas y cuenta con sus indicadores o atributos distintivos; en segundo lugar, la consecución de un beneficio económico; en tercer lugar, considera que es necesaria la presencia del elemento transfronterizo¹⁸.

La delincuencia organizada es un fenómeno que tiene muchas manifestaciones, por lo que se pueden observar prácticas delictivas variadas. En este sentido, según el último informe SOCTA 2021¹⁹, las actividades delictivas más graves y preocupantes para la seguridad de la Unión Europea son las siguientes: la ciberdelincuencia, el tráfico de drogas ilegales, los delitos medioambientales, el comercio de armas de fuego y explosivos ilegales, el fraude fiscal, las estafas relacionadas con el arreglo de partidos y las apuestas, la trata de seres humanos, el fraude documental, la falsificación de productos y delitos contra la propiedad intelectual, la falsificación de moneda y los delitos contra la propiedad²⁰.

Este informe advierte de que más del 80 por ciento de las organizaciones del crimen organizado que se denunciaron están vinculadas al tráfico de drogas, delitos contra la propiedad, el fraude fiscal, la trata de seres humanos, delitos en línea y otros fraudes. Asimismo, en torno al 38 por ciento de las actividades delictivas que se acaban de mencionar, están relacionadas con el tráfico de drogas, por lo que queda claro que este tipo de actividad delictiva continúa estando a la cabeza de la delincuencia grave y organizada en la Unión Europea, en cuanto al número de delincuentes y redes criminales que incluye, así como a las enormes ganancias económicas que este tipo de delito reporta²¹.

¹⁷ Anguita Olmedo, “La delincuencia organizada...”, 162-164.

¹⁸ Lucas J. Ruiz Díaz, “La lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea. Aspectos internos y dinámicas externas del discurso securitario” (tesis doctoral, Universidad de Granada, 2015), 57-66. <https://www.dipri.org/index.php/es/investigacion/tesis-doctorales>.

¹⁹ El informe “Evaluación de la amenaza de la Delincuencia Organizada y Grave en la Unión Europea (SOCTA 2021)” se publica cada cuatro años, con el objetivo de ofrecer un profundo análisis sobre la amenaza que supone la delincuencia grave para la Unión Europea.

²⁰ Europol, EU SOCTA 2021. European Union serious and organised crime threat assessment. A corrupting influence: the infiltration and undermining of Europe's economy and society by organised crime (Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2021), 36-89.

²¹ Europol, EU SOCTA 2021..., 12.

Por otro lado, los resultados en la lucha contra la delincuencia organizada están siendo positivos. En el informe EMPACT 2022 se recogen los planes de acción operativos (OAPs) y los datos que muestran algunos de los éxitos más importantes cosechados en el año 2022: hubo 9.922 detenciones; más de 180 millones de euros fueron confiscados; se iniciaron 9.263; se identificaron 4.019 víctimas; se incautaron más de 62 toneladas de drogas; se identificaron 51 objetivos de alto valor; y se detuvo a 12 objetivos de alto valor²².

3. LA ACCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

3.1. Evolución histórica

La configuración de la Europa de la Seguridad comenzó en 1975, en el marco de la Cooperación Política Europea, cuando se creó un modelo de cooperación intergubernamental entre los Estados firmantes comunitarios, que trabajarían de forma conjunta para compartir experiencias y conocimientos en lo relativo a la inmigración, el asilo y la cooperación policial. En este contexto, se creó el «Grupo de Trevi», que trabajaba para luchar contra el terrorismo y garantizar la seguridad interior, aunque, más tarde, aumentó sus competencias, incluyéndose la inmigración ilegal y la lucha contra la delincuencia organizada²³. Asimismo, con la aprobación del Acta Única Europea de 1986 se consiguió dar pasos importantes que repercutirían positivamente en el desarrollo de la cooperación policial²⁴.

A partir de la década de los 90 del siglo pasado, se observó que la gran mayoría de los Estados se propusieron reforzar la cooperación internacional en el ámbito de la seguridad, puesto que esta podría ser una herramienta eficaz y útil para combatir cualquier tipo de delincuencia organizada²⁵. En el Tratado de Maastricht de 1992 se contemplaba la existencia del tercer pilar, de carácter intergubernamental, de cooperación en asuntos de justicia e interior (CAJI), donde se incluiría expresamente la cooperación policial «*con fines de*

²² Europol, *EMPACT 2022 Results* (Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2023), 5.

²³ Juan Manuel Rodríguez Barrigón, “El espacio de libertad, seguridad y justicia”, en *Lecciones básicas de derecho e instituciones de la Unión Europea*, coordinado por José Ángel Camisón Yagüe (Cáceres: Universidad de Extremadura, Servicio de Publicaciones, 2011), 170.

²⁴ Anguita Osuna, *La seguridad interior...*, 122.

²⁵ Rodríguez Barrigón, “Relaciones estratégicas eurolatinoamericanas...”, 157.

prevención y lucha contra el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas y otras formas graves de criminalidad internacional...»²⁶. Posteriormente, con la aprobación del Tratado de Ámsterdam de 1997, la cooperación en asuntos de justicia e interior (CAJI) pasaría a denominarse cooperación policial y judicial en materia penal (CPJP)²⁷, estableciéndose como objetivo continuar desarrollando la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que se garantizara, entre otras cuestiones, la prevención y la lucha contra la delincuencia²⁸.

Asimismo, paulatinamente se fue aprobando normativa comunitaria relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, como fue la Acción Común 97/827/JAI, de 5 de diciembre de 1997, en virtud de la cual se creaba un mecanismo de evaluación de la aplicación y ejecución a escala nacional de los compromisos internacionales en materia de lucha contra la delincuencia organizada²⁹. Poco tiempo después, se adoptó la Acción Común 98/245/JAI, de 19 de marzo de 1998, en virtud de la cual se establecía el programa «Falcone» basado en intercambios, formación y cooperación para responsables de la lucha contra la delincuencia organizada³⁰. Asimismo, en el ámbito de la prevención, se adoptó la Estrategia global de prevención de la delincuencia organizada de 1998³¹.

Otro hito significativo fue el Consejo Europeo de Tampere de 1999, que daría lugar a la configuración de un programa de trabajo con una duración de cinco años para desarrollar el espacio de libertad, seguridad y justicia en Europa, que sería conocido como «Programa de Tampere». Una de las grandes líneas de actuación de este programa sería la lucha contra la delincuencia organizada en la Unión Europea, haciendo hincapié en la prevención, la cooperación y el

²⁶ Charles Elsen, “El desarrollo de la seguridad interior en la Unión Europea”, *Ciencia policial: revista del Instituto de Estudios de Policía* 67 (2003): 25.

²⁷ Anguita Osuna, *La seguridad interior...*, 124.

²⁸ Marcelino Oreja Aguirre y Francisco Fonseca Morillo, *El Tratado de Ámsterdam. Análisis y comentarios Vol. I* (Madrid: McGraw-Hill, 1998), 268.

²⁹ Acción Común 97/827/JAI, de 5 de diciembre de 1997, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por la que se establece un mecanismo de evaluación de la aplicación y ejecución a escala nacional de los compromisos internacionales en materia de lucha contra la delincuencia organizada: Diario Oficial de la Unión Europea L 344, de 15 de diciembre de 1997.

³⁰ Acción Común 98/245/JAI, de 19 de marzo de 1998, adoptada por el Consejo por la que se establece un programa de intercambios, formación y cooperación para responsables de la lucha contra la delincuencia organizada (programa FALCONE): Diario Oficial de la Unión Europea L 99, de 31 de marzo de 1998.

³¹ Resolución 98/C 408/01 del Consejo, del 21 de diciembre de 1998, relativa a la prevención de la delincuencia organizada para el establecimiento de una Estrategia global de lucha contra esta delincuencia: Diario Oficial de la Unión Europea C 408, de 29 de diciembre de 1998.

blanqueo de capitales³².

Más tarde, se adoptaron de forma consecutiva varios instrumentos relativos a la lucha contra la delincuencia organizada: en el año 2000 el instrumento titulado «Prevención y control de la delincuencia organizada: Estrategia para el comienzo del nuevo milenio»³³, la Comunicación «Prevención de la delincuencia en la Unión Europea - Reflexión sobre una orientación común y propuestas para el apoyo financiero comunitario»³⁴, así como la Decisión 2001/515/JAI del Consejo, de 28 de junio de 2001, que configuraba el programa Hipócrates cuya finalidad fue promover el estímulo, los intercambios, la formación y la cooperación en el ámbito de la prevención de la delincuencia³⁵. El Tratado de Niza de 2001 definió las tareas de Eurojust y estableció como objetivo la creación de un espacio de seguridad, destinado a luchar contra los peligros que amenazaban a la Unión Europea, entre los cuales se encontraba la lucha contra cualquier forma de criminalidad grave³⁶. También se debe destacar la Decisión 2003/170/JAI del Consejo, de 27 de febrero de 2003, relativa al uso conjunto de los funcionarios de enlace destinados en el extranjero por parte de los servicios policiales de los Estados miembros³⁷.

El año 2004 fue prolífico en cuanto a la lucha contra la delincuencia organizada, ya que se aprobaron varios instrumentos al respecto: la Comunicación «Prevención de la delincuencia en la Unión Europea»³⁸, en virtud de la cual se intentó priorizar la mejora de los medios materiales y personales, con el objeto de prevenir la delincuencia masiva; la Decisión 2004/579/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional³⁹, que facilitaría la coordinación de la Unión Europea con

³² Anguita Osuna, *La seguridad interior...*, 126-128.

³³ Prevención y control de la delincuencia organizada: Estrategia para el comienzo del nuevo milenio: Diario Oficial de la Unión Europea C 124, de 3 de mayo de 2000.

³⁴ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo «Prevención de la delincuencia en la Unión Europea - Reflexión sobre una orientación común y propuestas para el apoyo financiero comunitario», Bruselas, 29 de noviembre de 2000, COM(2000) 786 final.

³⁵ Decisión 2001/515/JAI del Consejo, de 28 de junio de 2001, que establece un programa de estímulo, intercambios, formación y cooperación en el ámbito de la prevención de la delincuencia (Hipócrates): Diario Oficial de la Unión Europea L 186, de 7 de julio de 2001.

³⁶ Anguita Osuna, *La seguridad interior...*, 128-129.

³⁷ Decisión 2003/170/JAI del Consejo, de 27 de febrero de 2003, relativa al uso conjunto de los funcionarios de enlace destinados en el extranjero por parte de los servicios policiales de los Estados miembros: Diario Oficial de la Unión Europea L 67, de 12 de marzo de 2003.

³⁸ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo «Prevención de la delincuencia en la Unión Europea», Bruselas, 12 de marzo de 2004, COM(2004) 165 final.

³⁹ Decisión 2004/579/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la celebración, en nombre

Naciones Unidas en la lucha contra la delincuencia organizada; la Decisión 2004/919/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 2004, relativa a la lucha contra la delincuencia de dimensión transfronteriza relacionada con vehículos⁴⁰; el Consejo Europeo, celebrado el 4 y 5 de noviembre de 2004, supuso la posterior adopción del conocido como «Programa de la Haya», que establecía 10 prioridades de la Unión Europea para reforzar el espacio de libertad, seguridad y justicia, entre las cuales se encontraba la prioridad de «*elaborar un concepto estratégico relativo a la delincuencia organizada*»⁴¹.

Posteriormente, la Comisión elaboró la Comunicación de 2005 titulada «Desarrollo de un concepto estratégico para hacer frente a la delincuencia organizada»⁴², donde se planteaba la Estrategia de lucha contra la delincuencia organizada. Se adoptó el programa específico de 2007 titulado «Prevención y lucha contra la delincuencia» para el periodo 2007-2013⁴³, la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada⁴⁴ y la Decisión 2009/902/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, en virtud de la cual se creaba una Red Europea de Prevención de la Delincuencia (REPD)⁴⁵.

Continuando con la evolución histórica, Alli recuerda otros hitos normativos significativos, que han suscitado grandes avances en la lucha contra la delincuencia organizada en la Unión, entre los cuales se encuentran ⁴⁶: la

de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional: Diario Oficial de la Unión Europea L 261, de 6 de agosto de 2004.

⁴⁰ Decisión 2004/919/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 2004, relativa a la lucha contra la delincuencia de dimensión transfronteriza relacionada con vehículos: Diario Oficial de la Unión Europea L 389, de 30 de diciembre de 2004.

⁴¹ «Programa de la Haya: 10 prioridades para los próximos cinco años». EUR-Lex, acceso el 18 de octubre de 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A16002>

⁴² Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo «Desarrollo de un concepto estratégico para hacer frente a la delincuencia organizada», Bruselas, 2 de junio de 2005, COM(2005) 232 final.

⁴³ Decisión 2007/125/JAI del Consejo, de 12 de febrero de 2007, por la que se establece para el período 2007-2013 el programa específico Prevención y lucha contra la delincuencia, integrado en el programa general seguridad y defensa de las libertades: Diario Oficial de la Unión Europea L 58, de 24 de febrero de 2007.

⁴⁴ Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008.

⁴⁵ Decisión 2009/902/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, por la que se crea una Red Europea de Prevención de la Delincuencia (REPD) y se deroga la Decisión 2001/427/JAI: Diario Oficial de la Unión Europea L 321, de 8 de diciembre de 2009.

⁴⁶ Ignacio Alli Turrillas, Prevención de la delincuencia grave y organizada en la Unión Europea: de la cooperación a la integración (Madrid: Dykinson, 2017), 204-224.

Estrategia de Seguridad Interior de 2010⁴⁷; el Programa de Estocolmo⁴⁸ y el Plan de Acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo de 2010⁴⁹; el Plan de Acción para las estadísticas de la delincuencia en la Unión Europea en el periodo 2011-2015⁵⁰; y las Orientaciones estratégicas en materia de Justicia y Asuntos de Interior en el periodo 2014-2020.

3.2. Herramientas vigentes para luchar contra la delincuencia organizada en la Unión Europea

Como se comentó con anterioridad, la lucha contra la delincuencia organizada es una amenaza global, hasta el punto de que está presente entre los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030, requiriéndose, por tanto, una acción coordinada en una dimensión internacional. Así pues, en la meta 16.4 se formaliza el compromiso de:

«reducir significativamente las corrientes financieras y de armas ilícitas, fortalecer la recuperación y devolución de los activos robados y luchar contra todas las formas de delincuencia organizada»⁵¹.

Adentrándonos en las principales herramientas e instrumentos con los que actualmente cuenta la Unión Europea para luchar contra la delincuencia organizada, se debe incidir en que, según apunta Díaz, la lucha contra la delincuencia organizada es una de las prioridades de la Unión Europea, puesto que la delincuencia organizada es una de las amenazas más graves que atentan contra los principios y valores de la Unión Europea. Además, en esta tarea, la Unión deberá tener en cuenta dos parámetros: por un lado, que la delincuencia organizada tiene que ser observada como una clara violación de los derechos humanos; por otro lado, la delincuencia organizada se constituye como una de las principales

⁴⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 22 de noviembre de 2010, “La Estrategia de Seguridad Interior de la UE en acción: cinco medidas para una Europa más segura”, Bruselas, 22 de noviembre de 2010, COM(2010) 673 final.

⁴⁸ Programa de Estocolmo - Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, (2010/C 115/01): Diario Oficial de la Unión Europea C 115/1, de 4 de mayo de 2010.

⁴⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos. Plan de acción por el que se aplica el programa de Estocolmo”, Bruselas, 20 de abril de 2010, COM(2010) 171 final.

⁵⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo “La delincuencia en la UE en cifras: Plan de acción para las estadísticas 2011-2015”, Bruselas, 18 de enero de 2012, COM(2011) 713 final.

⁵¹ Rodríguez Barrigón, “El derecho internacional...”, 197-198.

cuestiones de seguridad en Europa⁵².

En primer lugar, atendiendo a su marco jurídico, se debe hacer referencia al Tratado de Lisboa, donde se regula el espacio de libertad, seguridad y justicia, y dentro del mismo, se contempla la cooperación policial en el capítulo 5, titulado «Cooperación policial», perteneciente al título V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). En el artículo 87.1 del TFUE se establece que:

«la Unión desarrollará una cooperación policial en la que participen todas las autoridades competentes de los Estados miembros, incluidos los servicios de policía, los servicios de aduanas y otros servicios con funciones coercitivas especializados en la prevención y en la detección e investigación de infracciones penales»⁵³.

Además, el artículo 88.1 del TFUE establece que:

«la función de Europol es apoyar y reforzar la actuación de las autoridades policiales y de los demás servicios con funciones coercitivas de los Estados miembros, así como su colaboración mutua en la prevención de la delincuencia grave que afecte a dos o más Estados miembros...»⁵⁴.

Asimismo, se ha de precisar que actualmente existen herramientas e instrumentos que contribuyen, directa o indirectamente, a garantizar la seguridad interior y a luchar contra la delincuencia en la Unión Europea.

Por un lado, existen algunos más genéricos, como son la Agenda Estratégica de la Unión Europea para 2019-2024⁵⁵, la Estrategia de la Unión Europea para una Unión de la Seguridad de 2020⁵⁶, la Estrategia para un espacio Schengen de 2021⁵⁷ o el Fondo de Seguridad Interior⁵⁸.

Por otro lado, existen otros más específicos, como son la Plataforma

⁵² Díaz Galán, “La lucha contra...”, 111.

⁵³ Art. 87.1 TFUE.

⁵⁴ Art. 88.1 TFUE.

⁵⁵ Consejo Europeo, Una nueva agenda estratégica 2019-2024, Bruselas, 2019.

⁵⁶ Comunicación de la Comisión sobre la Estrategia de la UE para una Unión de la Seguridad, Bruselas, 24 de julio de 2020, COM(2020) 605 final.

⁵⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo “Una estrategia para un espacio Schengen plenamente operativo y resiliente”, Bruselas, 2 de junio de 2021, COM(2021) 277 final.

⁵⁸ Reglamento (UE) 2021/1149 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2021, por el que se crea el Fondo de Seguridad Interior: Diario Oficial de la Unión Europea L 251, de 15 de julio de 2021.

Multidisciplinar Europea contra las Amenazas Delictivas (EMPACT)⁵⁹, las prioridades planteadas por el Consejo en materia de delincuencia para el periodo 2022-2025⁶⁰, los instrumentos institucionales⁶¹, así como la Estrategia de la Unión Europea para luchar contra la delincuencia organizada 2021-2025, en la que se profundizará a continuación.

La Estrategia de la Unión Europea para luchar contra la delincuencia organizada 2021-2025⁶² es la principal herramienta con la que cuenta actualmente la Unión Europea para luchar contra la delincuencia organizada. El Parlamento Europeo y el Consejo son conscientes de que la delincuencia organizada está causando daños a la Unión Europea, por lo que entienden que, es necesario implementar medidas eficaces y firmes con el objeto de luchar contra las diferentes manifestaciones que tiene la delincuencia organizada. Esta estrategia se fundamenta en los avances cosechados en el pasado, determina cuáles serán las líneas prioritarias para garantizar la protección de los ciudadanos europeos y salvaguardar la economía frente a los ataques de los diferentes grupos de crimen organizado, y fija las medidas concretas que se tendrán que aplicar a medio y largo plazo, teniendo siempre presente el respeto de las libertades y derechos fundamentales de los ciudadanos⁶³.

Esta estrategia fija las herramientas y medidas que se deben implementar en los próximos cinco años, con el objeto de luchar contra el modelo de negocio

⁵⁹ Es una iniciativa multidisciplinar de la Unión Europea, que se basa en la inteligencia y los datos contrastados, y su finalidad consiste en combatir los riesgos de delincuencia a los que se enfrenta la Unión Europea, fomentando la cooperación entre las fuerzas de seguridad, las instituciones de la Unión, las entidades públicas y privadas y terceros Estados. “La lucha de la UE contra la delincuencia organizada”, Consejo Europeo, acceso el 3 de noviembre de 2023”, <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-fight-against-crime/>

⁶⁰ Las prioridades que los Estados miembros van a tener durante los próximos años en su lucha contra la delincuencia organizada son las siguientes: las redes delictivas de alto riesgo; los ciberataques; la trata de seres humanos; la explotación sexual de menores; el tráfico ilícito de migrantes; el tráfico de drogas; el fraude y los delitos económicos y financieros; la delincuencia organizada contra la propiedad; los delitos contra el medio ambiente; y el tráfico de armas de fuego. “La lucha de la UE contra la delincuencia organizada”, Consejo Europeo, acceso el 3 de noviembre de 2023”, <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-fight-against-crime/>

⁶¹ Se ha de hacer referencia a las agencias, organismos y entidades de la Unión que contribuyen a luchar contra la delincuencia organizada, entre los cuales se encuentran los siguientes: Europol, CEPOL, Eurojust, Frontex, la Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad (ENISA), Agencia de la Unión Europea sobre Drogas (EUDA), Comité Permanente de Cooperación Operativa en materia de Seguridad Interior (COSI), Oficina Europea de Lucha Contra el Fraude (OLAF), Centro Europeo de Delitos Financieros y Económicos (EFECC), Centro Europeo de Ciberdelincuencia (EC3), etc. Anguita Osuna, *La seguridad interior...*, 286-326.

⁶² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la Estrategia de la UE contra la delincuencia organizada 2021-2025, Bruselas, 14 de abril de 2021, COM(2021) 170 final.

⁶³ COM(2021) 170 final, 2-3.

y las estructuras de las organizaciones del crimen organizado, a través de las fronteras, ya sea en línea o fuera de línea⁶⁴. Además, las acciones que se deben llevar a cabo para luchar contra la delincuencia organizada en el periodo 2021-2025, se tendrán que orientar hacia los siguientes ámbitos de actuación⁶⁵:

En primer lugar, se impulsará la aplicación de las leyes y la cooperación judicial, por lo que se va a apostar por mejorar el intercambio fluido de información y el acceso oportuno a la misma, se crearán marcos de cooperación avanzada y se impulsará la cooperación internacional.

En segundo lugar, se plantea la necesidad de fomentar las investigaciones eficaces que contribuyan a dismantelar las estructuras de delincuencia organizada y combatir los delitos de alta prioridad, por lo que habrá que redoblar los esfuerzos para eliminar las estructuras de delincuencia organizada, y ofrecer una respuesta adaptada a los tipos delictivos perpetrados por el crimen organizado.

En tercer lugar, eliminar los beneficios obtenidos por la delincuencia organizada y evitar su infiltración en la economía legal y la sociedad, de modo que será necesario reforzar las medidas de recuperación de activos y la lucha contra el blanqueo de capitales, incrementar las medidas para combatir la corrupción, y adoptar acciones orientadas a evitar su infiltración en la economía y la sociedad.

En cuarto lugar, adaptar las autoridades policiales y judiciales a la era digital, por lo que se tendrá que acceder a la utilización de las pistas y pruebas digitales, las herramientas y tecnologías efectivas, y mejorar el acceso a habilidades, conocimientos y competencias operativas.

3.3. Nueva hoja de ruta para luchar contra la delincuencia organizada

El pasado 18 de octubre de 2023 se aprobó la nueva hoja de ruta de la Unión Europea para la lucha contra el tráfico de drogas y la delincuencia organizada⁶⁶, donde se declara que la Unión sigue trabajando para implementar y alcanzar los objetivos de la Estrategia de la Unión Europea contra la delincuencia organizada

⁶⁴ “Lucha contra la delincuencia organizada: Nueva estrategia de cinco años para impulsar la cooperación en toda la UE y mejorar el uso de las herramientas digitales en las investigaciones”, Comisión Europea, acceso el 5 de octubre de 2023, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_21_1662

⁶⁵ COM(2021) 170 final, 3-34.

⁶⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la hoja de ruta de la UE para la lucha contra el tráfico de drogas y el crimen organizado, Bruselas, 18 de octubre de 2023, COM(2023) 641 final.

2021-2025, así como de la Agenda y el Plan de Acción de la Unión Europea en materia de lucha contra la droga 2021-2025. Se recuerda que, en el ámbito de la lucha contra la delincuencia, la Unión Europea ha conseguido algunos éxitos y avances en los últimos años, entre las cuales se pueden destacar los siguientes⁶⁷: la Comisión presentó varias propuestas legislativas para fortalecer la legislación de la Unión Europea relativa a la lucha contra las redes delictivas; se ha reforzado el mandato de Europol; se ha propuesto un código de cooperación policial; se ha mejorado la respuesta judicial de la Unión; el Observatorio Europeo de Drogas y Toxicomanías se ha transformado en la nueva Agencia de la Unión Europea sobre Drogas; se ha consolidado la Plataforma Multidisciplinar Europea contra las Amenazas Delictivas (EMPACT); continúa trabajando con eficacia la red operativa contra los grupos delictivos organizados de tipo mafioso; un grupo de seis Estados miembros (Bélgica, Alemania, Francia, Italia, España y los Países Bajos) ha creado la Coalición contra la Delincuencia Grave y Organizada; etc.

La nueva hoja de ruta establece que la Unión tendrá que trabajar en cuatro áreas prioritarias, desarrollando 17 acciones concretas. Las áreas son las siguientes⁶⁸: centrarse en configurar la Alianza Europea de Puertos y el fortalecimiento de la resiliencia de los centros logísticos⁶⁹; el desmantelamiento de las redes criminales de alto riesgo⁷⁰; la prevención⁷¹; la cooperación internacional⁷².

En definitiva, la Comisión determina en la nueva hoja de ruta que la delincuencia organizada se ha convertido en una grave amenaza para la seguridad de la Unión Europea, por lo que debe intensificarse, con carácter urgente, la

⁶⁷ COM(2023) 641 final, 2-6.

⁶⁸ COM(2023) 641 final, pp. 5-24.

⁶⁹ Las acciones que se desarrollarán en esta área prioritaria son las siguientes: Acción 1. Movilizar a la comunidad aduanera contra el tráfico de drogas; Acción 2. Fortalecimiento de las operaciones de aplicación de la ley en los puertos; Acción 3. Una asociación público-privada contra el contrabando de drogas y la infiltración criminal.

⁷⁰ Las acciones de esta área son: Acción 4. Mapeo de las redes criminales que representan las mayores amenazas para la sociedad; Acción 5. Una red de fiscales y jueces especializados para desmantelar las redes criminales; Acción 6. Facilitar las investigaciones financieras; Acción 7. Facilitar las investigaciones digitales; Acción 8. Desbloquear el potencial de las alertas del Sistema de Información Schengen; Acción 9. Hacia un marco legal más sólido contra el crimen organizado.

⁷¹ Las acciones que se desarrollarán en esta área son: Acción 10. Prevención de actividades de delincuencia organizada a través de medidas administrativas; Acción 11. Combatir la proliferación de productores de drogas de diseño; Acción 12. Evitar que las redes delictivas recluten a niños y jóvenes; Acción 13. Mejorar la seguridad y la salud públicas en las zonas afectadas por el uso y la venta de drogas y los delitos relacionados con las drogas.

⁷² Las acciones de esta área son las siguientes: Acción 14. Fortalecimiento del apoyo a las operaciones operativas contra el tráfico de drogas en África Occidental; Acción 15. Impulsar la cooperación de la UE con los países de América Latina y el Caribe en la lucha contra el crimen organizado; Acción 16. Forjar alianzas para abordar las amenazas de drogas sintéticas; Acción 17. Fortalecimiento de la aplicación de la ley y la cooperación judicial con jurisdicciones no cooperativas.

respuesta comunitaria para dismantelar las redes delictivas. Asimismo, la Comisión invita al Parlamento Europeo y al Consejo a que adopten, antes de que termine la legislatura, la Directiva sobre recuperación y decomiso de activos, la revisión del Reglamento Prüm, las normas relativas a la interconexión de los registros de cuentas bancarias, el paquete legislativo contra el blanqueo de capitales, así como el proyecto de Directiva sobre la lucha contra la corrupción mediante el derecho penal. En definitiva, se concluye que la lucha contra la delincuencia organizada y el tráfico de drogas tiene que ser una prioridad para la Unión Europea y sus Estados miembros, debiéndose abordar de forma conjunta todas las amenazas a las que nos enfrentemos⁷³.

4. CONCLUSIONES

El proceso globalizador, la eliminación de fronteras y la mayor presencia de las nuevas tecnologías en nuestras vidas están provocando enormes beneficios, sin embargo, al mismo tiempo, se ha observado un repunte de la delincuencia organizada, cada vez, más sofisticada y con una enorme capacidad de adaptación, que la ha convertido en una de las grandes amenazas globales que tiene que ser combatida, bajo el marco de la cooperación internacional, por las diferentes organizaciones internacionales y Estados.

La Unión Europea lleva muchos años actuando para prevenir y luchar contra la delincuencia, ya que ha pasado de implementar acciones más sencillas hasta contar en la actualidad, con un conjunto de instrumentos políticos, normativos e institucionales que están teniendo éxito a la hora de garantizar la seguridad ciudadana. Además, su actuación es acertada, ya que está cumpliendo sus objetivos en la lucha contra la delincuencia, y prueba de ello ha sido su paulatina consolidación en el marco jurídico comunitario, destacando su regulación en el Tratado de Lisboa y en el derecho derivado.

Como se ha comentado con anterioridad, la Unión Europea cuenta con múltiples instrumentos para actuar contra la delincuencia organizada, no obstante, su principal herramienta es la Estrategia de la Unión Europea para luchar contra la delincuencia organizada 2021-2025, que impulsa y legitima la implementación de las acciones comunitarias que tratan de garantizar la seguridad de los ciudadanos europeos, salvaguardar la economía ante los ataques de los grupos

⁷³ COM (2023) 641 final, 28.

del crimen organizado y, prevenir y luchar contra las redes del crimen organizado.

Finalmente, según se advierte en la nueva hoja de ruta, de 18 de octubre de 2023, para luchar contra la delincuencia organizada, se están cosechando importantes logros en la lucha contra esta amenaza global, pero, sin embargo, es necesario implementar acciones intermedias mientras se aplica la Estrategia de la Unión Europea contra la delincuencia organizada, para seguir en la senda correcta de trabajo que se está desarrollando, con la finalidad de contener la delincuencia organizada, garantizar la seguridad interior europea y salvaguardar los derechos y libertades de los ciudadanos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alli Turrillas, Ignacio. *Prevención de la delincuencia grave y organizada en la Unión Europea: de la cooperación a la integración*. Madrid: Dykinson, 2017.
- Anguita Olmedo, Concepción. “La delincuencia organizada, un asunto interior de la Unión Europea. Concepto, características e instrumentos para su neutralización”. *Revista Española de Relaciones Internacionales* 2 (2010): 152-172.
- Anguita Osuna, José Enrique. *La seguridad interior en la Unión Europea. Del Acuerdo de Schengen 1985 a la Estrategia para una Unión de la Seguridad 2020*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2021.
- Bueno Arús, Francisco. “Política judicial común en la lucha contra la criminalidad organizada”. En *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, editado por Juan Carlos Ferré Olivé y Enrique Anarte Borrallo. 59-84. Huelva: Servicio de publicaciones de la Universidad de Huelva, 1999.
- Díaz Galán, Elena Carolina. “La lucha contra la delincuencia organizada en la Unión Europea: una cuestión de derechos humanos y de seguridad”. En *Forjando nuevos caminos: investigaciones noveles en criminología*, editado por Elena Casado Patricio, María Izco Rincón y Ana Páez-Mérida. 107-115. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.
- Elsen, Charles. “El desarrollo de la seguridad interior en la Unión Europea”. *Ciencia policial: revista del Instituto de Estudios de Policía* 67 (2003): 21-34.
- Europol. *EU SOCTA 2021. European Union serious and organised crime threat assessment. A corrupting influence: the infiltration and undermining of Europe's economy and society by organised crime*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2021.
- Europol. *IOCTA. Internet organised crime threat assessment 2023*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2023.

- Europol. *EMPACT 2022 Results*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2023, 5.
- García Vázquez, Sonia. “Inmigración ilegal y trata de personas en la Unión Europea: la desprotección de las víctimas”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 10 (2008): 231-274.
- Jaime-Jiménez, Óscar y Lorenzo Castro Moral. “La criminalidad organizada en la Unión Europea. Estado de la cuestión y respuestas institucionales”. *Revista CIDOB d’Afers Internacionals* 91 (2010): 173-194.
- Oreja Aguirre, Marcelino y Francisco Fonseca Morillo. *El Tratado de Ámsterdam. Análisis y comentarios Vol. I*. Madrid: McGraw-Hill, 1998.
- Palazón Pagán, María José. “Delincuencia organizada y corrupción: afectación de la gestión pública”. *GIGAPP Estudios* 95 (2018): 329-346.
- Rodríguez Barrigón, Juan Manuel. “Relaciones estratégicas eurolatinoamericanas y delincuencia organizada”. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura* 29 (2011): 151-173.
- Rodríguez Barrigón, Juan Manuel. “El espacio de libertad, seguridad y justicia”. En *Lecciones básicas de derecho e instituciones de la Unión Europea*, coordinado por José Ángel Camisón Yagüe. 169-194. Cáceres: Universidad de Extremadura, Servicio de Publicaciones, 2011.
- Rodríguez Barrigón, Juan Manuel. “El derecho internacional, los ODS y la lucha contra el crimen transnacional”. En *Objetivos de desarrollo sostenible y Derechos Humanos: paz, justicia e instituciones sólidas. Derechos Humanos y empresas*, dirigido por Cástor M. Díaz Barrado y Carlos R. Fernández Liesa. 193-216. Madrid: Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria de la Universidad Carlos III de Madrid, 2018.
- Ruiz Díaz, Lucas J. “La lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea. Aspectos internos y dinámicas externas del discurso securitario”. Tesis doctoral, Universidad de Granada, 2015.
<https://www.dipri.org/index.php/es/investigacion/tesis-doctorales>.
- Ruiz Rodríguez, Luis Ramón y Gloria González Agudelo. “El factor tecnológico en la expansión del crimen organizado. ¿Menores en riesgo?”. En *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, dirigido por Luz María Puente Aba. 1-39. Granada: Comares, 2008.
- Verger Sans, Jordi. *Delincuencia organizada en Cataluña. Marco competencial de la Guardia Civil, medidas de coordinación e intercambio de información*. Madrid: Instituto Universitario de Investigación sobre Seguridad Interior, 2008.
- Zúñiga Rodríguez, Laura. “Criminalidad organizada, derecho penal y sociedad. Apuntes para el análisis”. En *El desafío de la criminalidad organizada*, coordinado por Nieves

Sanz Mulas. 39-68. Granada: Comares, 2006.

Comisión Europea. “Lucha contra la delincuencia organizada: Nueva estrategia de cinco años para impulsar la cooperación en toda la UE y mejorar el uso de las herramientas digitales en las investigaciones”. Acceso el 5 de octubre de 2023.

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_21_1662

Consejo Europeo. “La lucha de la UE contra la delincuencia organizada”. Acceso el 3 de noviembre de 2023”,

<https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-fight-against-crime/>

EUR-Lex. “Programa de la Haya: 10 prioridades para los próximos cinco años”. Acceso el 18 de octubre de 2023.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A116002>

Legislación y documentos comunitarios

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la Estrategia de la UE contra la delincuencia organizada 2021-2025, Bruselas, 14 de abril de 2021, COM(2021) 170 final.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la hoja de ruta de la UE para la lucha contra el tráfico de drogas y el crimen organizado, Bruselas, 18 de octubre de 2023, COM(2023) 641 final.

Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada: Diario Oficial de la Unión Europea L 300, de 11 de noviembre de 2008.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: Diario Oficial de la Unión Europea C 202, de 7 de junio de 2016.

JOSÉ ENRIQUE ANGUITA OSUNA
Historia del Derecho y las Instituciones
Universidad Rey Juan Carlos
josenrique.anguita@urjc.es
Orcid: 0000-0002-2430-4477



ANÁLISIS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA TRAS LA SEPARACIÓN
O DIVORCIO: RÉGIMEN JURÍDICO Y ÚLTIMAS TENDENCIAS
JURISPRUDENCIALES

*ANALYSIS OF JOINT CUSTODY AFTER SEPARATION OR DIVORCE:
LEGAL REGIME AND LATEST JURISPRUDENTIAL TRENDS*

LAURA ANTÚNEZ ROMERO¹
Universidad de Extremadura

Recibido: 24/10/2023 Aceptado: 18/11/2023

RESUMEN

En el presente estudio realizaremos un análisis exhaustivo del régimen de custodia compartida en el sistema español. Para ello comenzaremos introduciendo cómo llegó a aparecer este modelo en nuestro país, así como la evolución hasta la actualidad. Evolución que se verá procedida por numerosas reformas, además de importantes sentencias como la declaración de inconstitucionalidad de parte del régimen. Finalmente, y acercándonos de forma paulatina a la realidad, proyectaremos las más importantes sentencias sobre la custodia compartida abordando diversos enfoques sobre el mismo.

Palabras clave: custodia compartida, patria potestad, custodia, matrimonio, menor de edad, interés superior del menor.

¹ Graduada en Administración y Dirección de Empresas y en Derecho; doctoranda del área de Derecho Civil de la Universidad de Extremadura, adscrita al Grupo de Investigación de Estudios del Derecho de España, Portugal y América Latina (GIDEPA), alumna del Máster en la Abogacía y Procura. Principales líneas de investigación: las nuevas formas familiares y sucesorias, protección del consumidor, privacidad y datos en internet e inteligencia artificial desde el Derecho privado.

ABSTRACT

In the present work we will carry out an exhaustive analysis of the joint custody regime in the Spanish legal system. To do this, we will begin by introducing how this model came to appear in our country, as well as its evolution up to the present. Evolution that will be followed by numerous reforms, in addition to important rulings such as the declaration of unconstitutionality by the regime. Finally, and gradually approaching reality, we will project the most important sentences on joint custody, addressing various approaches to it.

Keywords: joint custody, parental authority, custody, marriage, minor, best interests for the minor.

Sumario: 1. Introducción. 2. Antecedentes legislativos. 2.1. Antecedentes históricos en España. 2.2. Etapas establecidas por la doctrina. 3. Declaración de inconstitucionalidad. 4. Régimen legal vigente. 5. Declaración de inconstitucionalidad y nulo el artículo 92.8 por sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2012. 6. Otras modificaciones. 6.1. Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio. 6.2. Ley 17/2021, de 15 de diciembre de 2021. 6.3. Ley 16/2022, de 5 de septiembre. 7. Últimas tendencias jurisprudenciales. 7.1. Cumplimiento de las necesidades del niño a la hora de establecer la custodia compartida. 7.2. Cambio de custodia monoparental a custodia compartida. 7.3. Custodia compartida y protección del interés del menor. 7.4. Uso de vivienda ganancial en régimen de custodia compartida. 8. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

En una sociedad tan cambiante y heterogénea como la actual el sistema de guarda y custodia ha venido evolucionando de la misma manera que lo ha hecho esta. Así, este sistema se configura como «una de las modalidades convivenciales previstas legalmente para la relación de los padres con sus hijos una vez producida la separación o el divorcio»².

Por ello, en el presente estudio ilustraremos como se ha pasado de un sistema de guarda y custodia monoparental a un modelo en el que prima la guarda y custodia compartida junto al interés superior del menor, todo ello en base a unos principios. Trataremos los orígenes de este modelo, las numerosas reformas de este sistema, así como el contenido de las mismas.

La idea de este proyecto va concebida con la intención de mostrar la legislación aplicable en esta materia y la aplicación práctica que conlleva en la realidad actual. Así, este proyecto culminará con las últimas tendencias jurisprudenciales llevadas a cabo en la actualidad.

A continuación, y dentro del desarrollo de las últimas tendencias jurisprudenciales, pondremos el foco del análisis en las dos importantes sentencias, la primera sobre la protección del interés del menor a la hora de tomar una decisión sobre el sistema de guarda y custodia, y la segunda, abarcará el uso de la vivienda ganancial en el régimen de custodia compartida.

Finalmente, presentaremos una serie de conclusiones en aras de realizar una sistematización y aclaración del contenido analizado.

2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Antes de comenzar con la evolución del marco institucional y social del matrimonio, así como de las relaciones paternofiliales, hay que expresar que estas instituciones han soportado grandes transformaciones, en nuestro país y en los países de nuestro entorno.

² ACEDO PENCO, Ángel, «La custodia compartida de los hijos menores tras la separación y el divorcio: implantación, avatares legislativos y evolución jurisprudencial de los aspectos fundamentales del régimen vigente en España», *Dreptul Familiei*, Rumanía, número 27, 2022, página 1.

2.1. Antecedentes históricos en España

Comenzando con nuestro país, España, desde los Decretos del Concilio de Toledo hasta la Ley del Matrimonio Civil de 1870³ (vigente en un periodo muy breve de tiempo) el matrimonio canónico fue la manera de concebir matrimonio imperante hasta el año 1932.

En la II República las leyes sobre el matrimonio civil y el divorcio de 1932 trataban a éste de una forma institucional y patriarcal.

Finalizado este periodo y derogada la ley anteriormente mencionada, se restableció la vigencia del Derecho anteriormente existente, pero con ciertas adaptaciones procedentes de la Ley de 24 de abril de 1958 y del Concordato de 1953⁴ que hicieron coexistir el matrimonio canónico con el civil, con su propia normativa y jurisdicción cada uno, siendo indisolubles por divorcio ambas. Por ello, las disputas eran resueltas por vía separación o nulidad.

2.2. Etapas establecidas por la doctrina

Para llegar a la concepción actual en esta materia, la doctrina ha clasificado la evolución de la custodia compartida en cuatro etapas:

Primera etapa: comprende hasta las reformas de 1981, en casos de nulidad o separación, la pérdida u obtención de la guarda y custodia era un castigo o un premio, dependiendo de si la persona era inocente o culpable.

Segunda etapa: comprende a partir de las leyes de 1981 en el que, partiendo de un sistema de divorcio con única causa, el cese de la convivencia y el paso de algunos plazos puso en un segundo plano la culpabilidad, que resurgió por el doble proceso de separación-divorcio, en el que el primero de ellos se entendía como un periodo de reflexión. A pesar de ello, en la redacción inicial del artículo 92 del Código civil (en acrónimo CC), no se mencionaba la culpabilidad como

³ En este sentido se ha escrito que «la ley fue considerada por la opinión católica como un ataque más a la religión hecha por las fuerzas revolucionarias, a pesar de que gran parte de su articulado respetaba las normas del matrimonio canónico», ESPIGADO TOCINO, Gloria, «Revolución burguesa, Estado liberal y género: La ley de matrimonio civil de 1870», en *Alcores: revista de historia contemporánea*, n.º. 13, 2012, pág. 44.

⁴ Así «el Concordato fue aplaudido por políticos y eclesiásticos nacionales e incluso sirvió de modelo para otros países. Pero su vigencia plena fue corta debido a la corriente liberal que en el Concilio Vaticano II planteó un cambio sustancial de la presencia de la Iglesia en el mundo», RAGUER I SUÑER, Hilari, «El Concordato de 1953: de la gloria a la papelera», en la revista *Razón y fe*, tomo 248, n.º. 1259-1260, 2003, pág. 147.)

elemento para determinar la guardia y custodia, no obstante, la jurisprudencia sí lo tomo como consideración.

Tercera etapa: estamos ante el sistema vigente, esta etapa es precedida por las leyes mencionadas con anterioridad y especialmente por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil, que supuso un cambio en los preceptos contrarios al principio de igualdad entre sexos. Además de otros numerosos cambios, hay que destacar el del artículo 92 CC:

— La nulidad separación o divorcio no eximen de las responsabilidades parentales.

— Solo se puede privar de la patria potestas por justa causa en el proceso.

— Los hijos han de tener derecho a ser oídos.

— Se puede establecer el ejercicio compartido de la guarda y custodia por acuerdo entre los progenitores.

— Se puede ejercer total o parcialmente por uno de los progenitores, por acuerdo o decisión judicial.

— Se adoptará la decisión tras oír a los menores con suficiente juicio, valorar alegaciones, pruebas e informe del Ministerio Fiscal ⁵.

— Prohibición del ejercicio de guarda y custodia por cumplir las causas del apartado 7º.

— Excepción de establecerla por un Juez sin que se den ciertos supuestos, basado en la protección del interés superior del menor.

— Pueden intervenir especialistas cualificados para tomar decisiones.

Cuarta etapa: para llevarla a cabo se ha tenido en consideración la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en adelante TS) y las normativas de las Comunidades Autónomas de Aragón, Valencia, Navarra y Cataluña. El fin es el pretendido por la reforma, es decir, la corrección de las disfunciones del régimen.

⁵ «La exigencia de este informe favorable vino constituyendo, sin lugar a dudas, el punto más controvertido del precepto. No se trata solamente de que se requiera que el fiscal emita un informe, sino que además éste ha de ser favorable. Resulta evidente que tal necesidad limita la facultad decisoria del juez, con el agravante de que dicho requisito no es necesario cuando el juez decreta la custodia en exclusiva» PINTO ANDRADE, Cristóbal, «La custodia compartida en la práctica judicial española: Los criterios y factores para su atribución», en *Revista de Misión Jurídica*, número 9, diciembre, 2015, página 151.

3. DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Como se puede observar, esta posición se hizo inconciliable con la Constitución actual de 1978 y sus principios de igualdad, libertad, justicia y pluralismo, por lo que se llevó a reformar el Código civil por la:

— Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

— Ley 30/1981, de 7 de julio, de modificación de la regulación del matrimonio en el Código civil y de los procedimientos en materia de nulidad, separación y divorcio.

— Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil, en materia de tutela.

Se ha modificado el marco institucional del matrimonio por la:

— Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en derecho a contraer matrimonio.

— Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica tanto el Código civil como la Ley de Enjuiciamiento Civil en separación y divorcio⁶. Modifica los artículos 81 y 86 del Código civil además de derogar el artículo 82 del mismo código.

En el marco de las relaciones padre e hijo, su regulación también se ve afectada por:

— La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican artículos en materia de adopción tanto en el Código civil como en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

— La Ley 11/1990, de 15 de octubre, reformando el Código civil en lo concerniente al principio de no discriminación por razones de sexo.

— La Ley 42/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifican tanto el Código civil como la Ley de Enjuiciamiento Civil, en asuntos de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.

⁶ Así «esta Ley da una nueva y complete redacción al art. 92 CC, e introduce modificaciones en los arts. 770.4^a y 777.5 LEC.», MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «La audiencia del menor en los procesos matrimoniales tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el régimen de la separación y el divorcio», en revista *Derecho Privado y Constitución*, n^o 23, 2009, pág. 255.

— La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

— Las leyes que afectan al Código penal en asuntos de violencia de género, sustracción de menores u otros delitos contra las relaciones familiares ubicados en el Título XII del Libro II del Código penal, siendo aprobado por la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código penal.

Como podemos observar, los cambios en la sociedad se ven reflejados en la ruptura del matrimonio por separación, nulidad o divorcio. En especial cuando existe la presencia de hijos menores o con capacidad completada judicialmente sujetos a patria potestad, exige a la doctrina y jurisprudencia a adaptar constantemente la aplicación e interpretación del Derecho a la realidad social.

4. RÉGIMEN LEGAL VIGENTE

La regulación se encuentra ubicada en su esencia en el Código civil, especialmente en el Capítulo IX «De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio» que está compuesto por 13 artículos. No obstante, el óbice se está ubicado en el artículo 92.

Pero el régimen legal vigente ha sufrido numerosas reformas desde su publicación, la que más ha incidido en este régimen ha sido la Ley 15/2005 de 8 de julio.

Con anterioridad a esta ley los artículos 92 y 159 del Código civil, no establecían la guarda y custodia compartida, sino que se establecía como una excepción gracias a los principios de autonomía de la voluntad de los cónyuges⁷. Lo normal era pues, que se nombrara a uno de los progenitores para la custodia del hijo, dejándose la custodia compartida para los cónyuges que mantuvieran una buena relación justificado por ser beneficioso para el hijo común, ya que para algunos autores los problemas derivados de una custodia compartida podrían llevar a decisiones contradictorias y consecuentemente a graves problemas.

No obstante, la oposición a esta teoría no tardó en salir a la luz y autores

⁷ Sobre ello, MONTERO AROCA establece que «este sistema no goza de la preferencia de los tribunales, aunque no puede desconocerse que existe una línea jurisprudencial que, primero, la estima posible legalmente y, después, la considera practicable en la realidad. Debe admitirse que se trata de una línea minoritaria». Vid., MONTERO AROCA, Juan, *El Convenio Regulador en la Separación y en el Divorcio*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2002, p. 115.

como Navarro Fajardo⁸, mostraba su postura a favor de la alternancia de la custodia pues ello favorecía los principios de igualdad ante la ley (Art. 14 CE) así como el derecho a contraer matrimonio en igualdad jurídica (Art. 32 CE) basando su interpretación en que la igualdad no se ha de dar solo en el momento de contraer matrimonio sino durante la vigencia de este. Mediante el establecimiento de los mismos tiempos a los progenitores para el cuidado de sus hijos.

La jurisprudencia en estos tiempos se decantaba por aplicar la atribución de la custodia atendiendo a cada caso en concreto, partiendo de la base de que la custodia compartida no era el sistema aconsejable, admitiéndose en algunos supuestos. Así como justificación, afirmaban la preferencia de que las circunstancias geográficas y sociales no menoscabara el entorno del niño con el desplazamiento de un lugar a otro. Por ello se llevó a aceptar esta forma de guarda sólo bajo la solicitud de ambos progenitores cumpliendo como requisito previo la conciliación de una buena relación entre ambos en la que no se apreciara situaciones de conflicto.

Ello conllevó a que numerosas sentencias basaran el rechazo de esta modalidad de guarda por la simple causa de la falta de consentimiento materna.

El consentimiento de ambos progenitores no fue el único requisito, así, debían concurrir otros como el llevar un estilo de vida homogéneos, que ambos domicilios se encontraran próximos, la alta edad de los niños, los informes psicológicos o la necesidad de ausencia de obstáculos laborales.

Con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio, que reformó el artículo 92 del Código civil, se introdujo básicamente la figura de la guarda y custodia compartida, que se ve reflejado:

— En la exposición de motivos: exponiendo que los progenitores son los que decidirán si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por los dos de una forma compartida.

— Se establecerá la manera en que el hijo se relacionará con el que no conviva, procurando el ejercicio del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la patria potestad.

Finalmente como se afirma por la doctrina⁹, «son numerosos los nuevos

⁸ NAVARRO FAJARDO, J.: «El Derecho a la Custodia de los Hijos de los Padres Separados», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1189, 2, 1979, pp. 4-5.

⁹ ACEDO PENCO, Ángel, *Compendio de Derecho de Familia*, editorial Dykinson, Madrid, 2022, página 76.

criterios jurisprudenciales que continúan perfilando los rasgos más diversos de la custodia compartida, como: 1º) la posibilidad de atribución a un cónyuge de la vivienda familiar aun siendo privativa del otro, 2º) «la estabilidad que tiene el menor en situación de custodia exclusiva de la madre, con un amplio régimen de visitas del padre, no es justificación para no acordar el régimen de custodia compartida»; 3º) «la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad»; 4º), no obstante lo anterior, «ello no empece a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen per se este régimen de guarda y custodia, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos», por tanto, «la existencia de desencuentros propios de la crisis matrimonial no justifican por sí mismo que se desautorice» la guarda y custodia compartida».

5. DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Y NULO EL ARTÍCULO 92.8 POR SENTENCIA DEL TC DE 17 DE OCTUBRE DE 2012

El objeto de esta sentencia¹⁰ versa sobre la cuestión de inconstitucionalidad del art. 92.8 del Código civil, en la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de nulidad, separación y divorcio, que dispone: «excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.»

Así, se pone de manifiesto la duda sobre la violación de los derechos constitucionales contenidos en los arts. 24, 39 y 117.3 CE, al exigir el art. 92.8 del Código civil el informe favorable del Ministerio Fiscal para que el juez pueda acordar la guarda y custodia compartida cuando la pide uno solo de los progenitores.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2012, «BOE» núm. 274, de 14 de noviembre de 2012, páginas 152 a 170.

Finalmente se estima la cuestión de inconstitucionalidad, declarando inconstitucional y nulo el inciso «favorable» del art. 92.8 del Código civil, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio.

6. OTRAS MODIFICACIONES

6.1. Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio

Se modifica el artículo 92 del Código Civil, aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889, que quedando redactado como sigue:

«1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos. 2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión. 3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello. 4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges. 5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. 6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda. 7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. 8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. 9.

El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, del Fiscal o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de las personas menores de edad para asegurar su interés superior. 10. El Juez adoptará, al acordar fundadamente el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación, las cautelas necesarias, procedentes y adecuadas para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos».

6.2. Ley 17/2021, de 15 de diciembre de 2021

El artículo 1.3 de la presente ley, reforma el apartado 7 del artículo 92 del Código civil quedando redactado como sigue:

«3. Las medidas que el juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges.

Asimismo, podrá modificarse el convenio o solicitarse modificación de las medidas sobre los animales de compañía si se hubieran alterado gravemente sus circunstancias.

Las medidas que hubieran sido convenidas ante el letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código».

En esta nueva redacción podemos observar las posibilidades de alternativa de las medidas adoptadas en un primer lugar, siempre que se ajusten a la realidad, tengan coherencia o se ajusten a los requisitos mencionados.

6.3. Ley 16/2022, de 5 de septiembre

Con esta ley se modifica el apartado 7 del artículo 92 del Código civil.

«7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco

procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas».

En él se establecen las diversas causas por las que la guarda conjunta no podrá llevarse a cabo, basándose en cuestiones penales.

Bien hasta aquí tenemos el precepto con todas sus modificaciones y la trayectoria que ha seguido para quedar redactado como se indica. A continuación, presenciaremos cuáles han sido las diferentes técnicas jurisprudenciales aplicadas en la actualidad.

7. ÚLTIMAS TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES

En este último punto, nos adentramos en la clave de este estudio, cual es el análisis de las diferentes tendencias seguidas por la jurisprudencia para resolver cada situación, desde las más antiguas hasta la más reciente.

7.1. Cumplimiento de las necesidades del niño a la hora de establecer la custodia compartida

En la presente sentencia observaremos como a pesar de un cumplimiento por parte del progenitor recurrente de los requisitos para una custodia compartida, tiene más peso el interés y las necesidades del niño a la hora de establecer o no esta modalidad de custodia.

Para ello observamos la importante sentencia del Tribunal Supremo 40/2018, en ella, el recurrente Don Romeo, interpone un recurso de casación contra la sentencia por la que se le niega la guarda y custodia compartida de su hijo menor, Fernando.

Se establece que Don Romeo, con arreglo a la ley, cumple con todas las condiciones necesarias para una guarda y custodia compartida junto a la recurrida, Doña Sagrario, madre del niño.¹¹

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de enero de 2018, fundamento jurídico primero (ECLI:ES:TS: 2018:40).

Sin embargo, debido a la coyuntura existente, no se cumplen las exigencias de artículo 92.8 CC, al no existir concordancia con las necesidades del descendiente. Pues, desde la ruptura de la convivencia entre ambos cónyuges, Fernando permaneció bajo el cuidado de Doña Sagrario, encontrándose en el entorno del niño sus diversas necesidades. Por ello, según perito psicológico, no se recomienda un cambio en la rutina y estabilidad del niño siendo prematuro.

Se insta el incumplimiento del artículo 92.5 del Código civil. Así, el recurrente alega que se encargó del niño durante su nacimiento, además de aportar 400€ mensuales y alquilar un domicilio muy cercano del lugar de la progenitora. Además, cuenta con un buen salario y preparación, por ello la custodia exclusiva de la madre sería contrario al interés del niño, pues le privaría de una relación con su padre¹².

Por este motivo, el Ministerio Fiscal interesa que se estime el recurso por los mismos motivos alegados anteriormente. Estableciéndose en el fallo de la sentencia la custodia compartida con la forma de ejercicio siguiente:

- El reparto del tiempo se realiza en base a los principios de flexibilidad y mutuo acuerdo entre los progenitores.
- El progenitor no conviviente gozará de un amplio derecho de visita.
- Los alimentos se establecerán en función de los recursos económicos de cada uno de los progenitores y de las necesidades del niño, además del uso y disfrute de la vivienda familiar.

7.2. Cambio de custodia monoparental a custodia compartida

En la sentencia del Tribunal Supremo 1952/2022, a diferencia de la anterior, podemos ver una evolución en las características a la hora de establecer un cambio en el sistema de custodia.

En ella, el recurrente el recurrente, D. Cornelio interpone recurso de casación contra una sentencia, en la que la recurrida es Doña María Esther.

Los motivos de este recurso se basan igualmente en la vulneración del artículo 92 del Código civil. Específicamente se trata de valorar qué resulta más beneficioso para el interés del menor, atendiendo a las circunstancias concretas

¹² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de enero de 2018, fundamento jurídico segundo (ECLI:ES:TS: 2018:40).

del caso¹³.

Se postula ampliar la pernocta del domingo de semanas alternas para que la estancia de los progenitores con la niña sea la misma. D. Cornelio, viene disfrutando de un régimen de visitas, sin que se manifiesten distorsiones en su desarrollo psico-emocional por la ruptura de la convivencia de sus progenitores y por el régimen de visitas establecido. Además D. Cornelio convive con sus padres lo que ayudaría a la integración de la hija con la familia paterna.

Adicionalmente se considera que ha procedido un cambio de circunstancias pues al firmarse el convenio, la niña no alcanzaba los dos años, mientras que en la actualidad tiene 9 años. Además, el padre ha sido absuelto del delito de violencia sobre la mujer, que hasta ahora le impedía establecer un régimen de custodia compartida.

En definitiva, a lo que se quiere llegar es que el mero transcurso del tiempo y la adaptación del niño a una custodia monoparental no sea condición para negar una futura custodia compartida¹⁴.

Así se establece en el fallo de la sentencia la estimación del recurso de casación interpuesto por el recurrente, además de casar y anular la sentencia recurrida, estableciéndose un régimen de custodia compartida.

7.3. Custodia compartida y protección del interés del menor

En esta sentencia del Tribunal Supremo número 2307/2022 realizaremos un análisis exhaustivo de cómo se ve aplicado el principio del interés del menor. En ella, Doña Paloma interpone recurso de casación contra la sentencia n.º 523/2021 dictada por la Audiencia Provincial de Murcia, en la que fue parte recurrida Don Florentino, y en la que también fue parte el Ministerio Fiscal.

El recurso se funda en la impugnación del sistema de custodia compartida que se estableció en la sentencia que se recurre por considerarse contrario al interés del menor y por no seguirse los presupuestos legales y jurisprudenciales para su adopción¹⁵.

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de mayo de 2022, fundamento jurídico segundo (ECLI:ES:TS: 2022:1952).

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de mayo de 2022, fundamento jurídico quinto (ECLI:ES:TS: 2022:1952).

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de mayo de 2022, fundamento jurídico

Se discute sobre la idoneidad o no de incluir un informe psicológico, en el que el Tribunal Supremo reconoce su carácter no vinculante, no obstante, cuando no exista acuerdo entre los progenitores, este informe forense adquiere siempre una importancia crucial, tal y como se desprende del artículo 92.9 CC, informes han de ser valorados en beneficio del menor. Además, la ya estudiada reforma de 2005 establece que la finalidad de estos informes es la formación de la opinión del juez y que por ello han de figurar en el procedimiento los informes, que no son vinculantes, como hemos mencionado con anterioridad, por lo que el juez sólo ha de valorarlo al efecto de tomar la decisión más acertada sobre el interés superior del menor.

¿Pero qué ocurre con la decisión del juez? Bien, una vez tomada esta decisión, se somete al criterio del escrutinio general, siendo solo revisada cuando la toma de decisión: sea arbitraria, como sucedió con la STS de 1 de octubre de 2010¹⁶, llegue a conclusiones erróneas, como ocurrió con las SSTS de 10 de marzo de 2010¹⁷ y 8 de octubre de 2009¹⁸, porque el juez no aprecia y expresa las razones de su decisión, ya que existe el requisito de la motivación de las sentencias para evitar situaciones de arbitrariedad como se muestra en el artículo 120.3 de la Constitución Española y en el artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la práctica lo vemos reflejado en la STS de 7 de abril de 2011¹⁹.

Bien, en el caso que estudiamos se procede al establecimiento de un sistema de guarda y custodia compartida por semanas, por ser el sistema más adecuado para el niño. Además, podemos decir que la jurisprudencia viene haciendo énfasis en este sistema pues como se desprende de la STS de 29 de noviembre de

primero (ECLI:ES:TS: 2022:2307).

¹⁶ En este sentido la sentencia establece «a la vista de los anteriores razonamientos, debe confirmar la sentencia pronunciada en la primera instancia, acordando la guarda y custodia compartida del menor, a la vista del informe favorable del Ministerio fiscal y teniendo en cuenta los informes de los servicios psico-sociales, que se mostraban favorables a dicho régimen, porque lo contrario sería otorgar virtualidad a la vulneración del principio de proscripción de la arbitrariedad del que es reflejo la sentencia objeto de recurso» Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de octubre de 2010, fundamento jurídico sexto.

¹⁷ Fundamento jurídico sexto (ECLI:ES:TS: 2010:962).

¹⁸ Se establece «de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 476, 2, 4 LEC, al regular los efectos de la admisión de los recursos extraordinarios por infracción procesal, la Sala anulará la resolución recurrida y ordenará que se repongan las actuaciones al estado y momento en que se hubiese incurrido en la infracción o vulneración», sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de octubre de 2009, fundamento jurídico octavo.

¹⁹ Reflejo de ello lo encontramos con «el juez no está vinculado por los informes de los profesionales, que debe apreciar y expresar las razones de su decisión, porque las sentencias deben ser siempre motivadas» en Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de abril de 2011, fundamento jurídico cuarto.

2013, este sistema debe considerarse como «incluso deseable»²⁰, al permitir la efectividad del derecho de los padres a relacionarse con los hijos y viceversa, aun es situaciones de crisis, siempre que las circunstancias lo permitan.

El caso que nos ocupa, la prueba practicada en la vista no conlleva causas que impidan el establecimiento de un sistema de guarda y custodia compartida, sistema que solicita el Ministerio Fiscal, pues en el matrimonio cada uno tiene su propio domicilio. Así, de un informe pericial, se concluye que la demandada tiene las habilidades parentales necesarias para el cuidado del menor, y de otro informe pericial, se reconocen las habilidades de la madre.

Por un lado, el padre insta como obstáculo a una guarda y custodia compartida los problemas de alcohol de la madre, no obstante, este obstáculo desaparecería para él cuando se superara el problema del alcohol. Por otro lado, la recurrente alega que el informe más completo es el que considera que la custodia de la madre era la elección más idónea.

Así, la Audiencia confirma la jurisprudencia del Tribunal Supremo, afirmandose en la postura de la custodia compartida, puesto que se ven acreditados los siguientes hechos:

Se dan por válidas las conclusiones respecto del informe forense, en el que se manifiestan las habilidades parentales de ambos progenitores.

Tras explorar al menor se observa que tiene una perfecta adaptación al nivel escolar, social y personal, además de no mostrarse reticente a ninguno de los progenitores,

La progenitora no evidencia problemas por exceso de alcohol además de poseer buenas capacidades que satisfagan las necesidades del niño en cualquier régimen de custodia o visita, a pesar de sufrir en el pasado una sintomatología ansioso-depresiva, considerándose sus trastornos sanados, como se desprende del alta de su Centro de Salud Mental.

Por todos estos datos la Audiencia considera el mantenimiento de la custodia compartida, con el mismo régimen de visitas puesto que las disputas en materia sanitaria y de educación del niño no son obstáculo suficiente para un

²⁰ «la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea». Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre de 2013, fundamento jurídico tercero (ECLI:ES:TS: 2013:5641).

régimen distinto. Por ello la madre interpone el presente recurso de casación fundado en los siguientes motivos:

Primer motivo: la recurrente insta la vulneración del principio *favor filii*²¹, del artículo 92.5 y 8 CC, por ser la aplicación incorrecta. En el desarrollo de este motivo se alega la doctrina de la sala en la que es requisito que la custodia compartida se pida por al menos un progenitor, y en el presente supuesto no se solicita, sino que acordada fue la causa de impugnación por ambas partes en sus recursos. Este motivo se desestima, puesto que para la adopción de la custodia compartida es requisito además de la solicitud de uno de los progenitores, una decisión que se base en un plan en beneficio de los hijos.

No obstante, lo que omite la recurrente es que el motivo por el que el Ministerio Fiscal. Solicita la custodia compartida es que hasta el momento el menor pasó menos noches con el padre y más noches al mes con la madre. Para evitar conflictos entre ambos. Por ello, la razón por la que el juzgado adoptó la custodia compartida se basó. En el dato de que, en la actualidad se está llevando a cabo un sistema en el que el menor no está con el padre. Sin aportar ese elemento probatorio de que ello no resulte adecuado para el menor. En definitiva, el Tribunal cuenta con la realidad de cómo se desarrollaba el sistema de guarda y valoró si el sistema de custodia compartida era o no era, el adecuado para el interés del menor. Aun cuando no se acompañaban los escritos de ninguna de las partes.

Todo ello debe ponerse en relación con las doctrinas constitucionales y jurisprudenciales sobre la flexibilidad de la aplicación de las normas cuando se trata de hacer efectivo el interés del menor. Esta flexibilidad la podemos ver manifestadas en sentencias del Tribunal Constitucional como la 178/2020²², de 14 de diciembre o 4/2001, de 15 de enero²³.

²¹ Proviene del latín que significa «a favor del hijo o del menor» y se refiere al pilar informador que vincula la legislación actual como las resoluciones de los Tribunales en materia donde exista la presencia de menores, que mayoritariamente residen en el escenario familiar. IBANEZ RAYO, Jaume, «¿Qué es el favor filii?», en *Blog El Letrado Sentado*, 6 de junio, 2021, www.elletradoentado.com.

²² Así «este tribunal entiende necesario retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia de la Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, de 3 de junio de 2015 (rollo de apelación núm.1061-2014), para que, si el órgano judicial así lo estima, obtenga y verifique toda la información que resulte precisa para asegurarse de que la decisión que acuerde respecto al mantenimiento o alteración de los apellidos resulte beneficiosa para la menor, cuyos intereses son prevalentes», Sentencia del Tribunal Constitucional, fundamento Jurídico tercero, 14 de diciembre de 2020, «BOE» núm. 22, de 26 de enero de 2021, páginas 7620 a 7633 (14 págs.).

²³ En la presente sentencia se estableció que «la omisión de un término válido de comparación

En suma, atendiendo a las circunstancias fácticas y a la flexibilidad con la que se aplican las normas en beneficio del interés superior del menor, la custodia compartida no ha infringido el artículo 92 del Código civil así como tampoco la doctrina de la sala, debido a la carencia de solicitud de los escritos iniciales, por lo que este primer motivo del recurso se desestimó.

Segundo motivo: la parte actora insta el incumplimiento de ciertos criterios jurisprudenciales para el establecimiento de una custodia compartida, tales son:

— En 2018, el padre abandona el domicilio familiar, siendo la principal cuidadora, como se desprende de la sentencia de la Audiencia, la parte actora.

— Existen numerosas controversias entre ambos progenitores, siendo el único medio de comunicación entre ambos el correo electrónico.

— Los deseos del menor se encuentran viciados por la influencia paterna, por lo que no pueden ser concluyentes.

— Se produce una imagen distorsionada por parte del padre a la madre, que tiene como consecuencia una falta de respeto mutuo en las relaciones entre ambos.

Este segundo motivo, en el que el Ministerio Fiscal no comparte la misma opinión, es desestimado. Para ello se recurre a la jurisprudencia, como veremos a continuación.

La parte actora, recae todo el peso de la decisión en el contenido del informe psicosocial. Sobre ello, sentencias anteriores afirman que dichos informes han de someterse a un análisis jurídico por el tribunal, al igual que el resto de los informes. La falta de este análisis conllevaría la delegación en la toma de decisiones hacia el equipo psicosocial, no siendo lo constitucionalmente correcto, pues correspondería al tribunal. Podemos ver reflejado esta cuestión con anterioridad en la sentencia 705/2021, de 19 de octubre²⁴.

No obstante, la Audiencia analiza el informe pericial justificando por qué no se llegan a las mismas conclusiones que en el contenido en este:

— Ambos progenitores cuentan con la capacidad para cuidar del niño, no existiendo ningún tipo de rechazo por parte del niño de relacionarse con

impide cualquier otra consideración al respecto y obliga a rechazar la lesión pretendida del citado derecho fundamental», Sentencia del Tribunal Constitucional, fundamento jurídico quinto, 15 de enero de 2001, «BOE» núm. 41, de 16 de febrero de 2001, páginas 25 a 29 (5 págs.).

²⁴ STS, Sala de lo Civil, de 19 de octubre de 2021, fundamento jurídico noveno.

ninguno de ellos. Dejando en un segundo plano las disputas sobre el hijo en materia educativa y sanitaria entre los progenitores, al carecer de especial importancia.

— Sobre la custodia en exclusiva de la madre debido a las reticencias por parte del padre, indicadas en el informe del perito judicial, la Audiencia no comparte la misma opinión. Ésta aduce a la normalidad del régimen de visitas desarrollado sin incidentes, con pernoctas entre semana, así como la normal capacidad de los progenitores en todos los aspectos.

Con estos datos encima de la mesa, la presente sentencia, de acuerdo con el Ministerio Fiscal, desestima el segundo motivo instado por la parte actora. Debido a la aplicación de una manera correcta y racional el principio de protección del interés del menor que lleva a la preferencia del sistema de guarda y custodia compartida.

Como podemos observar en esta sentencia, a diferencia de las demás analizadas, se opta por una custodia compartida a pesar de que el recurso se interponga por la madre. Podemos ver de esta sentencia que se desprende una doctrina basada en el principio de parcialidad, igualdad y capacidad, doctrina que será aplicada en cuestiones de similar materia, de aquí la importancia que irradia la analizada Sentencia del Tribunal Supremo 2307/2022, de 31 de mayo.

Finalmente procederemos a analizar la sentencia, a nuestro juicio más destacada y actual.

7.4. Uso de vivienda ganancial en régimen de custodia compartida

En la actual sentencia del Tribunal Supremo número 1009/2023²⁵, abordaremos el tema de la conexión entre la custodia compartida y la atribución de la vivienda habitual en función de ciertos criterios.

Se interpone recurso de casación por Don Marino, contra la sentencia n.º 114/2022, de 9 de febrero. Es parte recurrida Doña Paloma y ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Para introducir la cuestión, el recurso se plantea en un procedimiento de divorcio, en el que se discute la atribución del uso de la vivienda ganancial en la

²⁵ STS, Sala de lo Civil, de 31 de enero de 2023 (ECLI:ES:TS: 2023:1009).

que las partes tienen una hija en común sobre la que se ha establecido un régimen de custodia compartida.

En el auto de las medidas acordadas en el procedimiento de divorcio, se acordó atribución de la vivienda a la madre de la niña, ya que el padre poseía una vivienda de alquiler en la población en la que estudia la hija.

Don Marino dispuso en la contestación a la demanda de divorcio que el uso de la vivienda se hiciera hasta que la sociedad de gananciales se liquidara, con un tiempo máximo de dos años. Se desestimó su petición debido a que la niña vivía en la vivienda familiar durante la estancia con su madre siendo su interés el que necesita más protección.

Por todo ello el padre interpone el presente recurso de casación.

El motivo del recurso es la infracción del art. 96.II del Código civil y vulneración de la doctrina jurisprudencial de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo en la que consta la atribución del uso de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida.

La primera de las infracciones, como hemos mencionado, proviene del artículo 96.II CC, que dice así «cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente», en el caso que nos ocupa se estimó que lo procedente es que el uso se atribuyera a la madre. No obstante, la parte actora instaba que el uso fuera temporal como mencionamos anteriormente. Se apela que la esposa tiene los recursos económicos suficientes para proporcionarse una vivienda, cuyos datos económicos se muestran en la presente sentencia, además de que el inmueble pertenece a ambos al cincuenta por ciento.

La parte recurrida asegura, en su escrito de oposición, que sentencia no es contraria a la doctrina de la sala, como alega la parte actora. Ello es debido a que la atribución temporal de este derecho se realiza si el beneficiario del derecho no puede acceder a una vivienda en la que se pueda desarrollar la custodia compartida de una forma eficaz. Tal es el caso, puesto que la madre de la niña y beneficiaria se halla en el paro desde octubre de 2021 y no tiene en su poder vivienda alguna.

A continuación, expondremos la doctrina actual de la sala en esta materia.

Partimos de la base de que el legislador no ofrece criterios en lo que respecta a la atribución del uso de la vivienda familiar cuando el sistema de los hijos menores es la custodia compartida. Pese a las numerosas reformas que hemos

estudiado a lo largo de este estudio, ninguna se ocupa de establecer estos criterios. Por ello se toma en la sentencia la estructura y redacción del art. 96 del Código civil anterior a la reforma que la modificó por la Ley 8/2021, de 2 de junio (en vigor desde el 3 de septiembre de 2021).

Como solución, la jurisprudencia interpreta el artículo 96 del Código civil. Así, no se aplica el criterio comprendido en el art. 96.I referido a la atribución en exclusiva de los niños a uno de los padres, debido a que en la custodia compartida ambos son custodios.

Como no se puede aplicar el anterior precepto se intenta encontrar la solución en el artículo 92.III del Código civil que trata las situaciones de matrimonio sin descendencia, solución que, como podemos observar, tampoco se encuentra aquí.

La solución más adecuada que ha encontrado la sala se ubica en el art 96 II CC, en el que se habla de los supuestos en los que la custodia de los menores es distribuida entre sus padres, quedando unos en compañía de uno y los otros en la del otro. La similitud en este supuesto solo la encontramos en el caso de que ambas partes tienen el estatus de progenitores custodios.

Ejemplos de esta solución la podemos encontrar en las sentencias; 51/2016, de 11 de febrero²⁶; 42/2017, de 23 de enero²⁷; 513/2017, de 22 de septiembre²⁸, 95/2018, de 20 de febrero²⁹, etc.

En definitiva, lo que viene a decirnos el presente precepto es que es el juez quién resolverá lo que estime correcto en función de los intereses que están encima de la mesa. Por ello, lo que se cuestiona aquí es la falta de concreción, que es lo que origina numerosas controversias. Así, se establecen ciertos elementos para que no se produzcan decisiones arbitrarias. Tales elementos o circunstancias son:

- Atender al interés más necesitado de especial protección, siendo tal interés el que permite la estancia de los niños con ambos progenitores.
- Quien es el titular de la vivienda.

²⁶ «De acuerdo con el art. 96.2 CC, aplicado analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año», STS, Sala de lo Civil, de 11 de febrero de 2016, fundamento jurídico sexto.

²⁷ ECLI:ES:TS: 2017:168.

²⁸ ECLI:ES:TS: 2017:3323.

²⁹ STS, Sala de lo Civil, de 20 de febrero de 2018, fundamento jurídico cuarto.

Entonces, según la doctrina se hace posible la atribución del uso de la vivienda al progenitor con más dificultades de acceso, siempre que sean objetivas. Tales circunstancias, pueden ser: no tener otra vivienda, no ser titular de la vivienda, tener menores ingresos, etc. Es decir, las circunstancias se establecen para que el menor pueda tener acceso a pasar tiempo con ambos cónyuges en un régimen de custodia compartida, sin que la persona con menos recursos pueda ver menoscabado su derecho. No obstante, se establecerá una duración para ello para que no se produzcan abusos, duración que coincide con la comprendida en el art. 96.III CC.

Ejemplo de ello lo podemos encontrar en la sentencia 95/2018, de 20 febrero, que expresa «cuando se valora que no existe riesgo de poner en peligro el régimen de custodia compartida, pues el progenitor está en condiciones, por su situación económica, de proporcionar una vivienda adecuada a sus necesidades, el criterio de la sala es el de que no procede hacer la atribución indefinida de uso de la que fue la vivienda familiar y deben armonizarse los intereses contrapuestos, el del titular (o cotitular) de la vivienda y el de los hijos a relacionarse con el otro en una vivienda»³⁰.

Se han establecido una serie de plazos para el uso de la vivienda familiar, que valorando y motivando cada caso:

- Pueden comprender desde un año a tres años.
- Un uso por anualidades alternas.
- Un uso hasta que se liquide la sociedad de gananciales.

Finalmente, pasaremos a indicar como se resolvió el presente supuesto, que ha dado lugar a una numerosa doctrina aplicada a casos similares, de ello radica la importancia del análisis de la presente sentencia. Bien, las circunstancias calificadas son las siguientes:

- El inmueble familiar ganancial es cotitularidad de ambos cónyuges.
- Se procedió a un reparto parcial de veinte mil euros de los bienes.
- La recurrida vive en una pequeña población.
- El recurrente se encuentra en una población cercana donde estudia su hija, en una vivienda de alquiler.

³⁰ STS, Sala de lo Civil, de 20 de febrero de 2018, fundamento jurídico tercero.

- La recurrida se encuentra en el paro y con suficiente cualificación en su materia que le permite acceder al mercado laboral.
- La hija común alcanza la mayoría de edad en marzo del año actual.
- Ambas partes contribuyen a los gastos de habitación y alimentación en sus periodos de custodia.
- El recurrente ha de abonar una pensión de doscientos euros mensuales y un setenta por ciento de los gastos extraordinarios.
- La recurrida ocupa la vivienda familiar desde agosto de dos mil veinte.

Analizando las circunstancias anteriores, se llega a la conclusión de que el interés más necesitado de protección es el de la recurrida, es decir, el de la madre, por ello se le atribuyó la vivienda no de una forma definida. Además, existe una diferencia en la capacidad económica de los progenitores que conlleva que el padre tenga que abonar la citada pensión de alimentos. No obstante, la diferente capacidad económica no se puede aludir como motivo suficiente para atribuir la vivienda familiar ganancial de una manera indefinida.

A todo ello debe resaltarse la importancia de que la hija se encuentra muy cercana a la mayoría de edad, lo que conlleva que se extinga el sistema que se ha venido aplicando de guarda y custodia.

Sobre lo anterior, la jurisprudencia en ocasiones aplica el artículo 96. III CC, mencionado anteriormente para una situación del uso de la vivienda familiar en la que no hay hijos, siendo adjudicada al cónyuge que necesite una protección más especial, no obstante, esta tampoco podrá realizarse por tiempo indefinido.

Así, la doctrina alude que el quebranto de estas situaciones podría conllevar a la apreciación de una verdadera expropiación de la vivienda que se fundaría en el inexistente principio de solidaridad conyugal, sacrificando el interés material del cónyuge que cuente con mayor capacidad económica en beneficio del cónyuge más necesitado de especial protección y, por ende, que cuente con menor capacidad económica.

Como ejemplo de ello podemos encontrar las siguientes sentencias: sentencias de la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo: 624/2011, de 5 de

septiembre³¹; 315/2015, de 29 de mayo³²; y 527/2017, de 27 de septiembre³³, etc.

Por todo lo mencionado anteriormente, se aprecia la limitación del uso de la vivienda conyugal en el presente caso.

No obstante, como mencionamos al principio de esta sentencia el recurrente solicitó una limitación hasta la liquidación de la sociedad de gananciales o de un plazo máximo de dos años, pero sin concretar el momento desde el cual se tenía que comenzar a contar el plazo. Posteriormente en este recurso de casación se solicita un año desde la primera sentencia, un plazo que se considera insuficiente dado cuenta de que el plazo cumple pocos días después.

Como guinda de esta sentencia explicaré lo sucedido, aunque no sea el motivo del análisis de la sentencia, puesto que el motivo ha sido la numerosa jurisprudencia que ha desprendido la presente sentencia.

En definitiva, atendiendo a doctrinas anteriores, y con el fin de adaptarse a la nueva situación de acuerdo con las circunstancias que se manifestaron con anterioridad, en la correspondiente sentencia se decidió estimar el recurso

³¹ «La aplicación de esta doctrina determina la estimación de esta parte del motivo o submotivo, pues la decisión de los hijos mayores de convivir con el padre no debió considerarse factor determinante a la hora de privar a la esposa de su derecho a usar el domicilio familiar, una vez acreditado y no discutido que las circunstancias en ella concurrentes lo hacían aconsejable por ser su interés el más necesitado de protección», Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de septiembre de 2011, fundamento jurídico cuarto (ECLI: ES:TS: 2011:6237).

³² «La atribución del uso de la vivienda sin limitación temporal alguna, vulnera lo dispuesto en el art. 96.3 y la jurisprudencia de esta Sala que lo interpreta, puesto que existe una previsión legal del tiempo de uso para el supuesto de que se atribuya al cónyuge no titular, que ha sido ignorada en la sentencia desde el momento en que remite el tiempo de permanencia en la casa propiedad de quien fue su esposo a una posible alteración sustancial de las circunstancias, en lo que parece más una verdadera expropiación de la vivienda que una efectiva tutela de lo que la Ley dispensa a cada una de las partes, fundada en un inexistente principio de "solidaridad conyugal" y consiguiente sacrificio del "puro interés material de uno de los cónyuges en beneficio del otro", puesto que no contempla más uso en favor del cónyuge más necesitado de protección que el tasado por criterio judicial ponderado en atención a las circunstancias concurrentes; uso que ya se ha cumplido desde el momento en que la esposa ha dispuesto en estas circunstancias de la vivienda desde hace varios años», Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de mayo de 2015, fundamento jurídico segundo (ECLI: ES:TS: 2015:2220).

³³ «Superada la menor edad de los hijos, la situación del uso de la vivienda familiar queda equiparada a la situación en la que no hay hijos a que se refiere el tercer párrafo del art. 96 CC y la adjudicación al cónyuge que esté más necesitado de protección no puede hacerse por tiempo indefinido, pues según la doctrina de la sala ello «parece más una expropiación de la vivienda que una efectiva tutela de lo que la ley dispensa a cada una de las partes, fundada en un inexistente principio de solidaridad conyugal y consiguiente sacrificio del puro interés material de uno de los cónyuges en beneficio del otro», Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de septiembre de 2017, fundamento jurídico tercero (ECLI: ES:TS: 2017:3439).

interpuesto por el padre, Don Marino contra la sentencia de 9 de febrero de 2022. No obstante, el derecho de uso de la vivienda se fija en un año, pero en este caso, desde la notificación de la sentencia que estamos analizando y sólo en el caso de que no se haya llevado a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales con anterioridad.

8. CONCLUSIONES

Finalizado el análisis del régimen de guarda y custodia compartida, así como las últimas tendencias jurisprudenciales, incidiendo fundamentalmente en la doctrina más actual, es menester, presentar una serie de conclusiones que sinteticen el contenido de este estudio.

Primera. - La institución del matrimonio ha sufrido grandes transformaciones en nuestro país, prueba de ello es el inicio de una institución basada en la religión a una plenamente libre en la que prima la libre voluntad de las partes a la hora de su establecimiento.

Segunda. - La Constitución actual de 1978 produjo un cambio en todos los sentidos, incidiendo también en la institución de la materia a analizar. Ejemplo de ello ha sido la declaración de inconstitucionalidad cuando el Código civil no se ajustaba a los principios de igualdad, libertad, justicia y pluralismo.

Tercera. - A la hora de ubicar la regulación sobre la guarda y custodia, su esencia se haya en el Capítulo IX del Código civil, en especial en su artículo 92. No obstante y como se indicó en la conclusión anterior la sociedad y las normas han ido evolucionando, por lo que para llegar a un régimen como el actual se han producido numerosas modificaciones.

Cuarta. - No obstante, para poder llegar a una completa comprensión y conocimiento de este régimen hay que adentrarse en la aplicación de estos cambios y en la norma actual. Para ello se ha realizado un análisis exhaustivo de las últimas tendencias jurisprudenciales en las que hemos podido comprobar, como el reparto del tiempo entre los progenitores con el niño se establece en base a criterios de flexibilidad y mutuo acuerdo, como se establecen los derechos de visita y el establecimiento de los alimentos y necesidades del niño, cómo y en qué ocasiones puede apreciarse un cambio de un sistema de guarda y custodia monoparental a un sistema de guarda y custodia compartida, la protección del interés del menor con relación al principio de parcialidad, igualdad y capacidad y finalmente cómo se establece el uso de la vivienda ganancial en este tipo de

sistemas y los posibles cambios en el uso en función de las circunstancias impetantes en el momento.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acedo Penco, Ángel, *Compendio de Derecho de Familia*, editorial Dykinson, Madrid, 2022.
- Acedo Penco, Ángel, «La custodia compartida de los hijos menores tras la separación y el divorcio: implantación, avatares legislativos y evolución jurisprudencial de los aspectos fundamentales del régimen vigente en España», en *Revista de Dreptul Familiei*, número 27, 2022.
- Espigado Tocino, Gloria, «Revolución burguesa, Estado liberal y género: La ley de matrimonio civil de 1870», *Alcores: revista de historia contemporánea*, nº. 13, 2012, págs. 43-61.
- Ibanez Rayo, Jaume, «¿Qué es el favor filii?», en *Blog El Letrado Sentado*, 6 de junio, 2021, disponible en www.elletradosentado.com, consultado el 22 de julio de 2023.
- Marín López, Manuel Jesús, «La audiencia del menor en los procesos matrimoniales tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el régimen de la separación y el divorcio», en revista *Derecho Privado y Constitución*, nº 23, 2009, págs. 249-283.
- Montero Aroca, Juan, *El Convenio Regulador en la Separación y en el Divorcio*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2002.
- Navarro Fajardo, J., «El Derecho a la Custodia de los Hijos de los Padres Separados», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1189, 2, 1979.
- Pinto Andrade, Cristóbal, «La custodia compartida en la práctica judicial española: Los criterios y factores para su atribución», en *Revista de Misión Jurídica*, número 9, diciembre, 2015.
- Raguer i Suñer, Hilari, «El Concordato de 1953: de la gloria a la papelera», en la revista *Razón y fe*, tomo 248, nº. 1259-1260, 2003, págs. 147-162.

LAURA ANTÚNEZ ROMERO
Investigadora predoctoral de Derecho civil
Universidad de Extremadura
laantunez@alumnos.unex.es
Orcid: 0009-0007-2324-3266



Doi: <https://doi.org/10.17398/2695-7728.39.117>

EL INTERÉS DEL MENOR COMO PRINCIPIO RECTOR EN LA
DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA

*THE INTEREST OF THE MINOR AS A GUIDING PRINCIPLE IN
DETERMINING THE GUARDIANSHIP AND CUSTODY REGIME*

CRISTINA CINTORA EGEA¹

Universidad de Extremadura

Recibido: 22/10/2023

Aceptado: 27/11/2023

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza de forma las figuras de la patria potestad y la guarda y custodia así como sus distintos modelos para a continuación centrarnos en el principio del derecho “interés superior del menor”. Principio fundamental que debe inspirar las decisiones judiciales y administrativas cuando se produce una ruptura familiar.

Palabras clave: interés superior del menor, principio rector, protección, criterios de interpretación.

ABSTRACT

In this work, the figures of parental authority and guardianship and custody as well as their different models are analyzed in order to then focus on the principle of “best

¹ Profesora asociada de Derecho Civil de la Universidad de Extremadura y abogada en ejercicio. Doctoranda en el Programa de Doctorado de Economía y Empresa, línea de investigación La guarda y custodia compartida.

interest of the minor” law. Fundamental principle that should inspire judicial and administrative decisions when a family breakdown occurs.

Keywords: best interest of the minor, guiding principle, protection, interpretation criteria.

Sumario: 1. Introducción. 2. Breve análisis de la patria potestad. 2.1. Concepto, contenido y alcance de la patria potestad. 3. Breve análisis de la guarda y custodia. 3.1. Concepto, contenido y alcance de la guarda y custodia. 3.2. Modelos de guarda y custodia. 3.2.1. La Guarda y Custodia exclusiva. 3.2.2. La guarda y custodia partida o distributiva. 3.2.3. La guarda y custodia compartida. 3.2.4. La Guarda y custodia ejercida por un tercero. 4. El interés del menor a la hora de determinar el modelo de guarda y custodia en los supuestos de crisis familiar. 4.1 El interés del menor en el ordenamiento jurídico. 4.1.1. La configuración del interés del menor en el Derecho Internacional y de la Unión Europea. 4.1.2. La configuración del interés del menor en el Derecho Español. 4.2. Concepto y contenido del interés superior del menor. 4.3. Criterios para la determinación del interés superior del menor. 5. Conclusiones. 6. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

La patria potestad supone la asunción de unos derechos y obligaciones que tienen como finalidad satisfacer las necesidades de los hijos menores así como su proceso hacia la madurez cuando ya tienen plena capacidad.

Históricamente hablando se ha abandonado la concepción del Derecho Romano del *pater familias* en la que el padre cabeza de la familia dominaba todos los aspectos de la vida de las personas a su cargo, y se pasó inicialmente a una patria potestad ejercida únicamente por el padre en el que los deberes y derechos que asume como tal están al servicio de garantizar el bienestar del hijo, para finalmente encontrarnos con una patria potestad dual, ejercida por ambos progenitores con idénticos fines.

El ejercicio conjunto de la patria potestad y guarda y custodia no genera conflicto en el entorno de una familia unida. Sin embargo ante una crisis familiar, el ejercicio de esos deberes y derechos puede complicarse, por lo que lo más adecuado será que los propios progenitores acuerden los términos de la guarda

y custodia así como los derechos y deberes de ambos que se generan tras esa ruptura de la convivencia familiar.

No obstante, no siempre esto es sencillo, y así en numerosos casos, por no decir en la mayoría de ellos, los progenitores no alcanzan un acuerdo y deben dirimirse esta cuestión ante los tribunales, quienes lo resolverán inspirados por el principio de lo que sea mejor para el menor.

Es en este marco jurídico donde el interés superior del menor encuentra su mayor sentido. Como ha reiterado el Tribunal Supremo (en adelante TS), *el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que resulte más favorable para el menor y no un sistema que premie o castigue al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda*².

2. BREVE ANÁLISIS DE LA PATRIA POTESTAD

2.1. Concepto, contenido y alcance de la patria potestad

La evolución del Derecho, y en concreto del Derecho de Familias, ha permitido que pasemos de una *patria potestas* configurada como el poder soberano que ejercía el paterfamilias sobre el resto de los miembros de la unidad familiar a la concepción actual entendida como una serie de poderes dirigidos a cumplir unos deberes y obligaciones que se imponen por ley a los progenitores³.

Aunque la Ley orgánica 26/2015, de 28 de julio de 2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia introduce el término más acertado a mi entender, de responsabilidad parental, lo cierto es que el Código Civil (en adelante CC), sigue utilizando la expresión inicial de patria potestad⁴, sin llegar a realizar una definición del término, por lo que hay que acudir a la numerosa doctrina existente en la materia para acercarnos a la definición del concepto.

² Por todas, STS 628 de 10 de enero de 2012, ECLI:ES:TS:2012:628.

³ Con la ley 11/1981 de 13 de mayo, la patria potestad a pasa a ejercerse de forma conjunta por el padre y la madre, dejando de ser de esta forma un derecho-deber exclusivo del padre. Así mismo tras la promulgación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el CC al permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, surge la necesidad de sustituir los términos “padre” y “madre” por otro más acorde, el de “progenitor”, como así aparece ya en una parte del articulado del CC.

⁴ Cristóbal Pinto Andrade, *La custodia compartida*, editorial. Bosch, Barcelona, 2009. 2ª Edición. Página 35. “El término patria potestad no parece el más adecuado para una sociedad inserta en el mundo occidental del siglo XXI, puesto que parece asociado y evoca la idea de poder y pertenencia al pater familias, siendo aconsejable denominar a la institución como: responsabilidad parental”.

Es abundante la doctrina española que abarca el estudio de este concepto, y en toda ella hay elementos comunes, siendo el más destacado la configuración de la patria potestad como un derecho deber de los progenitores. Así en palabras de Ragel Sánchez, la patria potestad se define como “aquel conjunto de relaciones jurídicas existentes entre los padres y los hijos menores de edad no emancipados o mayores de edad “incapacitados”⁵ que tienden a proteger los intereses de éstos, mediante la asunción por aquéllos de las responsabilidades y decisiones más trascendentes”. Por su parte Albaladejo señala que la patria potestad “se configura como un derecho-deber”⁶.

En todo caso ha de entenderse esa relación aplicable a los menores de dieciocho años, tal como señala Acedo Penco⁷.

De esta forma el concepto de patria potestad alude a ese conjunto de derechos y deberes que tienen los padres por el mero hecho de serlo y que tienen como único fin asistir y procurar la atención necesaria a sus hijos en todos los ámbitos de su vida, gozando ambos de la titularidad y ejercicio de la misma *ab initio* y generándose una corresponsabilidad en el ejercicio de la misma.

El desarrollo normativo de esta figura se encuentra en el Libro 1º Título VII, Capítulos I al IV, abarcando los artículos 154 a 170 del CC. Y en este sentido los artículos 154 y 156 concreta los derechos y facultades que asisten a los progenitores en aras del ejercicio de la patria potestad⁸.

⁵ Luis Felipe Ragel Sánchez, *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho Civil: Familia*, editorial Dykinson, Madrid, 2000, página 547.

⁶ Manuel Albaladejo García, *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, editorial Bosch, Madrid, 2013, página 267.

⁷ Ángel Acedo Penco, *Derecho de Familia*, editorial Dykinson, Madrid, 2021, página 238: “Ha de resaltarse que, en la práctica, la patria potestad se proyecta sobre los hijos menores de dieciocho años de edad en la inmensa mayoría de los casos, salvo en los nimios casos de emancipación de los mayores de 16”.

⁸ El artículo 154 CC (modificado por la Ley 26/2015, 28 de julio de 2015) señala que: “Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de sus progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2. Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.”

El artículo 156 CC señala que: “La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o

Ha sido la doctrina la que ha ido estableciendo los principios informadores de esa patria potestad, siendo los más esenciales, los siguientes:

1. La actuación de los progenitores debe orientarse al beneficio del menor y en todo caso respetando su personalidad.
2. Los derechos de los progenitores están en todo caso enfocados al ejercicio de la patria potestad.
3. El ejercicio de la patria potestad se atribuye a ambos progenitores.
4. El Ministerio Fiscal, Jueces y Magistrados y en general las Administraciones Públicas podrán intervenir para preservar su adecuado ejercicio, al tratarse de una materia de interés público.
5. Como extensión del respeto a la personalidad del menor, los padres deberán oír a los hijos en la toma de decisiones que les afecten, cuando tuviesen suficiente discernimiento, obligación ésta que se hace extensiva para los órganos judiciales, cuando sean éstos los que deban adoptar esas decisiones, en los casos de crisis matrimoniales.
6. La Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de protección Jurídica del Menor, recoge los principios generales a tener en cuenta en la protección del interés del menor, con el máximo respeto al desarrollo de su personalidad.

No obstante, como se verá, esto puede cambiar en los casos en que se produce una ruptura familiar, pues en dichos supuestos la titularidad de la patria potestad puede permanecer inalterable en ambos supuestos, mientras que el ejercicio de la misma puede verse alterado, al no darse la convivencia conjunta y habitual que se da en las relaciones familiares.

El artículo 154 del CC establece que serán los hijos e hijas no emancipados, los sujetos que se encuentran bajo la patria potestad de los progenitores. Es por tanto la filiación la que determina la sujeción a la patria potestad, filiación que podrá ser matrimonial, extramatrimonial o adoptiva, no haciendo distinción

parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años. En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro. En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro. Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio”.

alguna el CC al respecto. No obstante, como señala el artículo, solo alcanzará a aquellos hijos o hijas que no se encuentren emancipados legalmente.

El ejercicio de la patria potestad por los progenitores está dotado no de un carácter meramente facultativo, sino obligatorio para quien lo ostenta⁹. Pero dicho ejercicio puede recaer sobre ambos progenitores o en uno solo de ellos, ya sea con el consentimiento del otro, o porque se haya decidido así por resolución judicial¹⁰. Así, aunque lo normal sea un ejercicio conjunto, no son pocos los supuestos en los que se acudirá a un ejercicio individual, tal como prevé la norma, bien porque haya desacuerdo entre los progenitores, bien porque así se acuerde judicialmente tras un proceso penal por atentar contra el otro progenitor o contra los hijos, bien por ausencia o imposibilidad de su ejercicio por uno de los progenitores o bien por falta de convivencia entre ellos¹¹.

En cuanto al contenido de la patria potestad, éste viene desarrollado en distintos artículos del CC, según el ámbito sobre el que inciden, dotando a los padres de determinadas facultades y poderes, que, no obstante, no son absolutos, ya que a la par la norma prevé a su vez una serie de excepciones, supuestos que escapan de ese poder de los padres.

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 450, 3526/1997 de 20 de mayo, recaída en recurso n.º 1837/1993. ECLI:ES:TS:1997:3526.

¹⁰ Art. 156 CC: “La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad”.

¹¹ Artículo 156 CC: “Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de este para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Lo anterior será igualmente aplicable, aunque no se haya interpuesto denuncia previa, cuando la mujer esté recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género, siempre que medie informe emitido por dicho servicio que acredite dicha situación. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de estos. En caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, cualquiera de los dos podrá acudir a la autoridad judicial, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir a uno de los dos progenitores. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los progenitores o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años. En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro. En defecto o por ausencia o imposibilidad de uno de los progenitores, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro. Si los progenitores viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, la autoridad judicial, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre ambos las funciones inherentes a su ejercicio”.

De esta forma el artículo 154 del CC enumera los deberes y poderes de los padres dentro de lo que podría denominarse el ámbito personal, siendo los siguientes: 1º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2º Representarlos y administrar sus bienes. 3º Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial. Recogiendo a su vez, el derecho de los hijos o hijas con suficiente madurez a ser oídos antes de adoptar decisiones que les afecten, derecho que ostentan y debe ejercerse también en los supuestos de crisis familiares dentro del marco de un procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo¹².

No podemos olvidar que la Ley 54/2007 de 28 de diciembre sobre adopción internacional, vino a modificar a través de su disposición final primera el contenido del artículo 154 eliminando el derecho-deber que tenían los padres de *corregir razonable y moderadamente a los hijos* lo que ha supuesto la aparición de posturas doctrinales enfrentadas, entre los que vienen a sostener que se ha producido una “exageración legislativa inculta”¹³ y los que sostienen que no ha de volver a implantarse tal derecho.

El artículo 160 por su parte reconoce en su apartado 1º el derecho de los hijos a relacionarse con sus progenitores aun cuando no ejerzan la patria potestad, siempre que una decisión judicial no acuerde lo contrario, derecho que abarca también los supuestos en que el progenitor se encuentre privado de libertad, debiendo en este caso adoptarse las medidas oportunas para el traslado del menor y su preparación para la visita.

Este derecho de relación se reconoce también a los menores adoptados respecto de sus familias de origen, si bien en los supuestos previstos por el artículo 178.4.2¹⁴.

¹² Artículo 154 del CC: “Si los hijos o hijas tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad”.

¹³ Jose Luis Lacruz Berdejo, *Elementos de derecho Civil IV*, Familia, 2010, página 401.

¹⁴ Artículo 178.4.2 de la ley 54/2007 de 2 de diciembre sobre adopción internacional: “2. Por excepción subsistirán los vínculos jurídicos con la familia del progenitor que, según el caso, corresponda: a) Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, aunque el consorte o la pareja hubiera fallecido. b) Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiera sido solicitado por el

Así mismo el CC reconoce en el apartado 2º del artículo 160 el derecho de los menores a relacionarse con hermanos, abuelos y otros parientes y allegados. A este respecto señala el mencionado artículo que será una resolución judicial la que decida en caso de conflicto al respecto, en cuyo caso ha de asegurarse que no supongan así mismo infringir otras resoluciones judiciales que hubieran limitado o acordado la suspensión de las relaciones del menor con alguno de los progenitores.

Dentro de la esfera patrimonial del menor, contempla el artículo 162 del CC, la facultad de los padres de ostentar la representación de los hijos menores no emancipados, facultad esta que también se encuentra limitada en los siguientes supuestos de: 1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia. 2.º Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo. 3.º Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.

Igualmente, dentro del ámbito patrimonial, ostentan los padres la facultad de administración de los bienes de los hijos, facultad que deben asumir con la misma diligencia que si de los propios se tratara¹⁵. De igual forma impone la norma una serie de excepciones en relación a: 1. Los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa. Se cumplirá estrictamente la voluntad de este sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos. 2. Los adquiridos por sucesión en que uno o ambos de los que ejerzan la patria potestad hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, que serán administrados por la persona designada por el causante y, en su defecto y sucesivamente, por el otro progenitor o por un administrador judicial especialmente nombrado. 3. Los que el hijo mayor de dieciséis años hubiera adquirido con su trabajo o industria. Los actos de administración ordinaria serán realizados por el hijo, que necesitará el consentimiento de los padres para los que excedan de ella.

En relación a la representación que ostentan los padres respecto de sus hijos, el artículo 166 recoge el régimen de disposición de los bienes de éstos, de

adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir”.

¹⁵ Artículo 164 del CC: “Los padres administrarán los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo las obligaciones generales de todo administrador y las especiales establecidas en la Ley Hipotecaria”.

forma que los padres *no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal.* Además, los padres deberán obtener la autorización judicial para: *repudiar la herencia o legado deferidos al hijo.* No siendo necesaria la autorización judicial cuando *el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público, ni para la enajenación de valores mobiliarios siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros.*

Todas estas facultades y poderes que integran la patria potestad tienen su concordancia con los derechos y deberes que se reconocen e impone la norma, a los hijos.

De esta forma en el CC en su artículo 157, 158 y 159 reconocen:

1º El ejercicio de la patria potestad por parte del menor no emancipado sobre sus hijos, para lo cual recibirá la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor; interviniendo el juez en aquellos casos en los que exista desacuerdo o imposibilidad.

2º Goza el menor, del derecho a que se adopten medidas judiciales para su protección, medidas que podrán acordarse no solo de oficio sino también a petición del propio menor, cualquier pariente o del Ministerio Fiscal¹⁶.

4.º Derecho a su protección, adoptando medidas como la prohibición de aproximación a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que el menor frecuente, así como de prohibición de comunicación por cualquier medio, a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas, medidas que se adoptarán con respeto en todo caso, al principio de proporcionalidad.

5.º Derecho a que se acuerde la suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, del régimen de visitas y comunicaciones que fueron acordadas ya por resolución judicial, ya por convenio aprobado judicialmente, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas.

¹⁶ Estas medidas tal como indica el artículo 158, tienen la finalidad de evitar perjuicios en el menor, pues tratan de asegurar la prestación de alimentos; de evitar perturbaciones dañosas en los supuestos de cambio del titular de la guarda o evitar la sustracción del menor por uno de los progenitores.

6º El derecho a ser oídos, a los que tuvieran suficiente juicio y en todo caso a los mayores de doce años, por el juez en todas las medidas que respecto a él deban adoptarse¹⁷.

Por su parte el artículo 155 pone de relieve las obligaciones que incumben a los menores respecto de sus progenitores: 1.º Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre. 2.º Contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella¹⁸.

Esta parca enumeración de los deberes de los hijos que hace el CC se ha visto ampliada y complementada con la enumeración que realiza a su vez la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante LOPJM)¹⁹, que los clasifica por deberes en general, deberes en el ámbito familiar, deberes en el ámbito escolar y deberes en el ámbito social.

De igual manera el Capítulo II de la LOPJM, se dedica a enumerar los derechos que asisten a los menores, reconociéndoles así: el derecho al honor, intimidad y a la propia imagen; el derecho a la información; el derecho de participación; el derecho de asociación; el derecho a participar en reuniones públicas y manifestaciones pacíficas; el derecho a la libertad de expresión y el derecho a ser oído y escuchado.

3. BREVE ANÁLISIS DE LA GUARDA Y CUSTODIA

3.1. Concepto, contenido y alcance de la guarda y custodia

En relación con la patria potestad, la guarda y custodia, implica una parte de esos derechos deberes de los progenitores que integran la patria potestad, pues mientras los progenitores conviven en familia, esta guarda y custodia queda absorbido por el ejercicio de la patria potestad²⁰, pues forma parte del

¹⁷ STC (Sala 1ª) núm. 144/2003, de 14 de julio y STS 221/2011, de 1 de abril. ECLI:ES:TS:2011:2053.

¹⁸ Artículo 155 CC.

¹⁹ Esta Ley orgánica ha sido modificada por la Ley Orgánica 8/2001 de 4 de junio de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia; la Ley orgánica 8/2015 de 22 de julio y la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

²⁰ Entre otros, Luis Felipe Ragel Sánchez, “La guarda y custodia de los hijos”, en *Derecho Privado y Constitución*, nº 15, de enero a diciembre de 2001, página. 284; Carlos Rogel Vide, “En torno a la custodia compartida de los hijos de padres separados —Del Anteproyecto al Proyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio—”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 1, 2005

ámbito más personal del menor.

De esta forma el término de guarda y custodia aparece en aquellos supuestos en que no existe convivencia de los progenitores, esto es, en los supuestos de crisis familiares, en las que se trata de impedir que el menor salga lastimado y desprotegido. Será en esos supuestos habrá que decidir qué progenitor tendrá a los menores en su compañía, sin que éste supuesto conlleve una situación de privilegio de uno sobre el otro.

Como indica el CC, tanto la titularidad como el ejercicio de la patria potestad, salvo casos excepcionales²¹, corresponden de forma conjunta a los progenitores, y ello será así con independencia de a quién se atribuya la guarda y custodia de los menores.

De esta forma el concepto de guarda y custodia se refiere a los derechos y deberes que emanan de la convivencia habitual con el menor, esto es alimento, vestido, habitación etc., correspondiendo al progenitor que la tiene atribuida tomar las decisiones de escasa importancia que se generan en el día a día. De esta forma se hablará de guarda y custodia en aquellos casos en que se ha roto la convivencia familiar, pues en caso contrario, la guarda y custodia está incluida en la patria potestad.

En el presente trabajo, nos vamos a referir a la *guarda y custodia* de los menores no emancipados, ejercida por sus progenitores, pues no cabe olvidar que, en determinados casos, los menores no van a convivir con sus progenitores sino con un tercero, ya se trate de un tutor, de un guardador de hecho o incluso de una institución. Supuestos éstos para los que se emplea tan sólo el término de *guarda*²²

3.2 Modelos de guarda y custodia

Una vez que se produce la ruptura familiar, es preciso determinar cuál va a ser a partir de ese momento el modelo de guarda y custodia que se implantará para regular las relaciones personales de los menores con sus progenitores.

A este respecto cabe apreciar, según la mayoría de la doctrina, la existencia

²¹ Nieves Martínez Rodríguez, “Mediación y guarda y custodia de menores”, en: *La mediación en materia de familia y derecho penal: estudios y análisis* — coord. Fernando Martín Diz—, Dykinson, 2011, p. 108

²² Luis Felipe Ragel Sánchez, “La guarda y custodia...”, ob.cit., páginas. 281-329.

de tres modelos de guarda y custodia, a saber, custodia exclusiva o monoparental, custodia partida o distributiva y custodia compartida²³.

3.2.1 La guarda y custodia exclusiva

La guarda y custodia exclusiva, unilateral o como algunos autores llaman, monoparental²⁴, es aquella que se atribuye a uno solo de los progenitores tal como prevé el artículo 159 del CC²⁵ en aquellos supuestos en que no existe convivencia entre los progenitores.

Este modelo de guarda y custodia sigue siendo en la actualidad, aunque ya con menos margen, el preferente en los procesos de separación, divorcio y nulidad²⁶.

El ejercicio exclusivo de la guarda y custodia a un progenitor no impide el ejercicio conjunto de la patria potestad. Además, en estos casos se debe preservar el derecho de los menores a relacionarse con el progenitor no custodio, lo que ha venido a denominarse de manera coloquial como *derecho de visita*, manteniéndose pues una relación habitual y constante²⁷ y debiendo el progenitor no custodio contribuir al sostenimiento de los hijos, con la fijación de una pensión alimenticia.

Este régimen de guarda y custodia podrá establecerse por vía de convenio regulador, en los procesos de separación, divorcio o medidas definitivas en

²³ Indicar no obstante, que otros autores como Elisabet Almeda Samaranch, “Monoparentalidad y responsabilidad parental”, en: *La Custodia Compartida a Debate* —ed. Teresa Piconto Novales—, *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, N° 56, Dykinson, Madrid, 2012, páginas 117-118, que propone la existencia de una guarda y custodia conjunta, exclusiva, compartida simétricamente y compartida asimétricamente.

²⁴ Entre otros Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja: Función parental, custodias alterna y unilateral y régimen de relación o de estancias de los menores con sus padres y otros parientes y allegados, Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2013, página 667.

²⁵ Art. 159 del CC: “Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oírà, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”.

²⁶ En los datos estadísticos del INE, en 2021 la custodia de los hijos menores fue otorgada en el 53,1% a la madre (54,5% en el año anterior), y en el 3,5% al padre (3,9% en 2020), siendo en el 43,1% otorgada la guarda y custodia compartida (41,4% en 2020) y en el 0,3% se otorgó a otras instituciones o familiares. https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176798&idp=1254735573206, consultado el 9/05/2023.

²⁷ Silviana González-Espada Ramírez, *La guarda y custodia compartida: una nueva institución de Derecho de Familia en ESPAÑA*, Universidad Autónoma de Barcelona, 2013 (trabajo final de Máster en Derecho de Familia), página 23.

procesos de familia no matrimonial, o bien ser fijado por sentencia judicial en idénticos procesos que se desarrollen de forma contenciosa.

Interesante es la conclusión a la que llega un sector de la doctrina, al entender que la guarda y custodia exclusiva no existe en realidad, pues el progenitor no custodio también la estaría ejerciendo durante los periodos de visitas y vacaciones, por lo que, para este sector doctrinal, en lugar de guarda y custodia exclusiva sería más acertado hablar de guarda y custodia alterna, o incluso guarda y custodia principal para señalar a la que ejerce el progenitor que más tiempo esté con los hijos.

No puedo estar de acuerdo con esta postura, pues a mi entender guarda y custodia y derecho de visitas son figuras completamente diferenciadas. Cierto es que los derechos y deberes de los progenitores serán los mismos durante el tiempo en que permanezcan los hijos en su compañía, pues no podemos olvidar que existen supuestos en que no se fija ningún régimen de visitas para el progenitor no custodio, por ser lo más aconsejable para el menor y supuestos en que el régimen de visitas que se establece es restringido y/o supervisado.

3.2.2. La guarda y custodia partida o distributiva

Esta modalidad de guarda y custodia ya viene contemplada en el CC, más concretamente en el párrafo IV del artículo 96²⁸. Para que se dé la misma es requisito imprescindible que existan dos o más hijos, pudiendo en estos supuestos atribuirse la guarda y custodia de uno o varios a un progenitor y el resto al otro progenitor.

En este caso, será el juez quien deberá valorar la conveniencia o no de adoptar dicho modelo, teniendo siempre en cuenta la protección del desarrollo integral del menor, pues se parte de la premisa fundamental de no separar a los hermanos, en base al principio de unidad familiar. Es por tanto una modalidad de carácter excepcional como señalan las sentencias en las que se aplica, así en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 8 de mayo de 2007, en la que, pese a indicar que es recomendable la convivencia entre los hermanos, entiendo que la separación favorece al desarrollo integran del hermano mayor,

²⁸ Dice el párrafo IV del artículo 96 del CC: “Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente”.

considerando que el régimen de visitas servirá mejor a su fortalecimiento²⁹.

De esta forma la guarda y custodia partida solo se establecerá en aquellos supuestos en que sea lo más beneficioso al interés del menor una vez atendidas las circunstancias de cada caso concreto.

3.2.3. La guarda y custodia compartida

No cabe duda de que este modelo de guarda y custodia debe ser el deseable en caso de crisis familiares, y si bien es cierto que, en los últimos años, las decisiones judiciales son cada vez más proclives, salvo casos excepcionales, a acordarla³⁰, lo cierto es que hoy día la custodia exclusiva sigue siendo el modelo preferente.

La guarda y custodia compartida no era una cuestión nueva para la doctrina y la jurisprudencia, que ya la venían aplicando con anterioridad a su regulación. Ésta se produjo a raíz de la modificación que del CC hizo la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio³¹. Así esta norma modificó el contenido del artículo 92 del CC³² e introdujo esta modalidad de guarda y custodia, cuando así

²⁹ SAP Sevilla, Sala 5ª, de 8 de mayo de 2007, Fundamento de Derecho 2º: "... se torna aconsejable mantenerle bajo la custodia del padre, ya que de la citada documentación se deduce, sin grandes esfuerzos, que es la mejor manera de contribuir a su adecuado desarrollo. Sin perjuicio del contacto del menor con su madre y su hermano que se produce mediante el régimen de visitas establecido. Con respecto al menor Juan Luis, en los informes de los servicios sociales de la localidad de Lanjarón, donde actualmente reside con su madre y su familia materna, se destaca su notable integración y adecuado desarrollo, lo cual es concluyente para determinar que ha de continuar bajo la custodia de la madre, sin perjuicio, al igual que con respecto al otro hijo, por alteración de las circunstancias, se puedan modificar las medidas adoptadas, desde luego, siempre en beneficio y atención del menor. Como ya hemos señalado, es recomendable la convivencia entre los hermanos dado que favorece su desarrollo integral, sin embargo, en determinados supuestos, como el analizado, dadas las dificultades y obstáculos que representa el desarrollo del mayor de los hermanos se estima aconsejable esta separación, que puede permitir que, mediante esos contactos durante los periodos de visitas, se fortalezca y mejore".

³⁰ Cabe señalar que en muchos casos las sentencias que acuerdan una guarda custodia exclusiva para un progenitor acuerdan a su vez un régimen de visitas muy amplio a favor del progenitor no custodio, en ocasiones tan amplio que el reparto del tiempo entre uno y otro es prácticamente equitativo.

³¹ Antes de la reforma, en los casos de rupturas familiares, la guarda y custodia de los hijos venía siendo adjudicada por el juez y tribunales a uno de los progenitores, en la mayoría de los casos a la madre.

³² Artículo 92: 5. "Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. (...) 7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas. 8. Excepcionalmente, aun

lo solicitaren los padres en el correspondiente convenio regulador en los procesos de mutuo acuerdo o cuando se llegase a tal acuerdo durante la tramitación del procedimiento correspondiente.

No obstante, su inclusión en el CC no vino acompañada de la correspondiente definición del término. Siguiendo a Lathrop se definiría como “aquel sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de los hijos, pudiendo en lo que a residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados”³³.

El modelo de guarda y custodia compartida también venía ya recogido con anterioridad en la Carta Europea de los Derechos del Niño de 21 de septiembre de 1992 que en su artículo 12 dice “todo niño tiene derecho a gozar de sus padres. El padre y madre tiene una responsabilidad conjunta en cuanto a su desarrollo y educación...”» y continua en su artículo 14 que “en caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones...”

A nuestro juicio, la custodia compartida supone un plus de ventajas respecto a los demás regímenes de custodia, pues conlleva una mayor implicación de los progenitores en la atención y el cuidado diario que suponen el ejercicio de las relaciones paterno filiales. Pero por otro lado exige un mayor compromiso para los progenitores, que en todo momento habrán de mantener una fluida relación, así como un mutuo respeto hacia el otro, esfuerzo éste que no todos están dispuestos a asumir, aunque el interés de sus hijos sea lo que más deba importar.

3.2.4. La guarda y custodia ejercida por un tercero no progenitor

Mención aparte merece hacer un breve comentario a la guarda y custodia ejercida por un tercero, esto es por una persona que no sea ninguno de los progenitores.

Esta posibilidad viene ya recogida en el artículo 103.2 del CC donde se prevé

cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”.

³³ Fabiola Lathrop Gómez. *Custodia compartida de los hijos*. La Ley, Madrid, 2008, página 39.

que “Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiándoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez.”.

Sin embargo, como indica el propio artículo, no se trata en sí mismo de adjudicar la guarda y custodia de los hijos a los abuelos, sino de adoptar una medida concreta y temporal en atención a las circunstancias que se den en cada caso concreto, como así señala el artículo 158.1 del CC “El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: 1.º. Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres”, pues esa posibilidad no está entre las previstas en el artículo 92 del CC. Por ello de lo que se trata aquí es de adoptar esta medida de forma extraordinaria para garantizar la protección del menor, en supuestos de maltrato, desamparo, o en aquellos supuestos en que los progenitores no puedan ejercerla, por poner algunos supuestos.

4. EL INTERÉS DEL MENOR A LA HORA DE DETERMINAR EL MODELO DE GUARDA Y CUSTODIA EN LOS SUPUESTOS DE CRISIS FAMILIAR

Si hay algo que tienen en común los modelos de guarda y custodia analizados es que todos ellos tienen como prioridad absoluta el interés del menor, de forma que a la hora de decidir cuál sea el modelo más adecuado para regular la nueva situación familiar, habrá que analizar cada caso concreto y ver qué es lo más conveniente para el/los hijos, pues su bienestar está por encima de todo incluso del de sus progenitores.

4.1 El interés del menor en el ordenamiento jurídico

El *favor filii* o interés del menor es el principio fundamental o principio rector del Derecho de la persona y del Derecho de familia. Como principio rector del Ordenamiento Jurídico español, su obligada observancia implica que en todo proceso en el que se encuentre involucrado un menor deberá ser supervisado por los poderes públicos y en concreto en los supuestos de crisis familiares

por el Ministerio Fiscal y Jueces³⁴. De esta forma se considera que el interés superior del menor es una cuestión de orden público³⁵.

4.1.1 La configuración del interés del menor en el derecho internacional y de la unión europea

Fue la Declaración de Derechos del Niño aprobada en Ginebra el 26 de diciembre de 1924³⁶ la que reconoció por primera vez la necesidad de proteger al niño después de haber sido testigos del horror de la Primera Guerra Mundial en los más desprotegidos. Más tarde la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 reconoció en su artículo 16.3 que *la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*. Y reconociendo más adelante el derecho a la protección infantil de todo niño con independencia de su filiación³⁷.

El 20 de noviembre de 1959 se aprobaba por la Asamblea General de Naciones Unidas la Declaración de Derechos del Niño, norma que destaca por introducir en su texto el concepto de “interés superior del menor”³⁸.

En 1966 dos pactos, el Pacto Internacional de Derechos Económico, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos de 16 de diciembre, insisten en la necesidad de adoptar medidas de protección sin que exista discriminación de los menores.

³⁴ En este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de febrero de 2016 RTC/2016/16 declaró: “el principio del interés superior del menor es considerado como principio rector de la actuación de los poderes públicos cuando se resuelven cuestiones que afecten a los menores”.

³⁵ STS de 11 de febrero de 2011, dispuso que: “La protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público. Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses”, ECLI:ES:ST:2011:505.

³⁶ La inglesa Eglantyne Jebb y su hermana Dorothy Buxton fundaron Save the Children en 1919. La Alianza Internacional Save the Children adoptó el 23 de febrero de 1923, la primera Declaración de los Derechos del Niño que finalmente fue adoptada por la Sociedad de Naciones el 28 de febrero de 1924.

³⁷ Artículo 25.2: “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

³⁸ El Principio II de la Declaración establece: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del menor”. Y el segundo párrafo del Principio VII establece: “El interés superior del niño debe ser principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres”.

De esta forma la normativa internacional es la viene dotando de contenido al principio, cuando el 20 de noviembre de 1989 se aprobó la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que fue ratificada por España el 30 de noviembre de 1990. En ella ya se habla expresamente de atender al interés superior del menor en supuestos como determinar la separación del niño de sus padres dentro de cualquier proceso o de regular las relaciones con sus progenitores³⁹. Así como señala su artículo 3.1, todas las instituciones, sean públicas o privadas, las administraciones, los jueces y los órganos encargados de legislar tienen que atender a ese interés superior del menor en todas las medidas que adopten y les conciernan, deber que es extensible a los progenitores o a aquellas personas bajo cuyo cuidado y responsabilidad se encuentre en cada caso el menor⁴⁰.

En el ámbito europeo es muy numerosa y prolífica la normativa dedicada a la protección del menor, así nos referimos al Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950; el Convenio sobre competencia de las Autoridades y la Ley aplicable en materia de protección de menores, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961; el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980; el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993; el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996; el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de

³⁹ Artículo 9 1: “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. (...) 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. 4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. (...)”.

⁴⁰ Bernardo Cruz Gallardo, *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*. Wolters Kluwer LA LEY, Madrid, 2012, página 154.

resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores.

Sin embargo, en mi opinión ocupa un lugar destacado la Resolución A3-0172/1992 de 8 de julio por la que se aprobó por el Parlamento Europeo la Carta Europea de Derechos del Niño, que, pese a que no era vinculante para los estados miembros, mostraba el interés y la necesidad de dotar de un marco jurídico a la protección de los menores.⁴¹ Así partiendo de los postulados de la Convención sobre Derechos del Niño de 1989, la Carta Europea de Derechos del Niño, reconoce al niño como titular de derechos: a la no discriminación, a la igualdad, a la vida, a un nombre y nacionalidad, a la protección de su identidad, a gozar de unos padres, o personas o instituciones que los sustituyan, a la libertad de conciencia de pensamiento y de religión, a gozar de su propia cultura, a la salud, a la enseñanza, a la protección contra la explotación económica; a la protección contra la droga y a la protección de su imagen.

4.1.2. La configuración del interés del menor en el derecho español

Si el punto de partida lo fijamos en la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, vamos a observar que la Constitución Española (en adelante CE) apenas si se refiere a los derechos de los menores. Tan solo se refiere a ellos en su artículo 39 donde por un lado se instituye a los poderes públicos como garantes de la *protección integral de los hijos iguales éstos ante la ley, con independencia de su filiación*⁴² y por otro se reconoce que *los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*.⁴³

⁴¹ En el punto 15 de la Carta se establece: “Toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses. A tales efectos, y siempre que ello no implique riesgo o perjuicio alguno para el niño, éste deberá ser oído desde el momento en que su madurez y edad lo permitan en todas las decisiones que le afecten. Con objeto de ayudar a tomar una decisión a las personas competentes, el niño deberá ser oído, especialmente en todos aquellos procedimientos y decisiones que impliquen la modificación del ejercicio de la patria potestad, la determinación de la guarda y custodia, la designación de su tutor legal, su entrega en adopción o su eventual colocación en una institución familiar, educativa o con fines de reinserción social. A este respecto, en la totalidad de los procedimientos deberá ser parte obligatoriamente el ministerio fiscal o su equivalente, cuya función primordial será la salvaguardia de los derechos e intereses del niño”.

⁴² Apartado 2 del artículo 39 de la CE: “Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad”.

⁴³ Apartado 4 del artículo 39 de la CE.

De esta forma, todo tratado o norma internacional que vele por la protección de los menores constituye, desde el momento de su ratificación, norma integrante de nuestro ordenamiento jurídico y como tal deberá ser tenida en cuenta en la actividad legislativa, judicial y administrativa⁴⁴

Con ese reconocimiento constitucional, comienza a aparecer en la legislación española las primeras referencias al interés superior del menor:

La Ley 11/1981 de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, el interés superior del menor pasaba a constituir el principio rector de cualquier actividad administrativa o judicial que afectase a los hijos menores, declarando además la igualdad entre los hijos habidos dentro como fuera del matrimonio⁴⁵ y la de los progenitores a la hora de ejercer la patria potestad⁴⁶.

En la Ley 1/1982 de Protección Civil al Honor, Intimidación y Propia Imagen, se recoge el consentimiento prestado por los menores, si tienen suficiente madurez para ello⁴⁷. También se refleja el cambio en la Ley Orgánica 8/1985 sobre el Derecho a la Educación, donde se recoge el derecho a la educación sin discriminación alguna y los derechos y deberes de los padres en relación a la educación de sus hijos y los derechos y deberes de los alumnos y alumnas y en la Ley 21/1987 por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, donde los cambios en los procedimientos de adopción y acogimiento tienen *como finalidad social la protección de los menores privados de una vida familiar*, para lo cual se da prioridad al interés del menor, siendo una muestra de ello que se cuente con su consentimiento para la adopción o acogimiento a partir de los doce años.

El gran avance legislativo que se dio en la regulación del derecho de protección al menor, tiene su máxima expresión en la Ley orgánica 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil

⁴⁴ Artículo 53.3 de la CE: “3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

⁴⁵ Artículo 108 del CC tras la reforma: “1. La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”.

⁴⁶ Artículo 154 del CC tras la reforma: “Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre (...)”.

⁴⁷ Artículo 3.1: “El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil”.

y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ya en su exposición de motivos se presenta como la respuesta a las demandas que desde distintas estancias se hacían eco de la necesidad de adecuar el ordenamiento a la nueva realidad social y de dotar de un marco jurídico de protección a los menores en todos los campos y materias en que puedan verse afectados.

De esta forma su artículo 2 hace ya una referencia expresa al interés superior del menor, considerando el mismo como primordial en cualquier actuación pública o privada, ordenando su aplicación de forma prioritaria a toda administración, institución pública, tribunal u órgano legislativo que deba adoptar medidas referentes a ellos. Así mismo establece que habrán de interpretarse de forma restrictiva cualquier limitación a la capacidad de obrar del menor.

A renglón seguido, la LOPJM recoge los criterios que habrán de tenerse en cuenta para su interpretación y aplicación, criterios que habrá de ponderar en atención a unos elementos generales que serán tenidos en cuenta caso por caso.

Esa observancia e interpretación del interés superior del menor gozará de prioridad cuando confluya con otros intereses, de manera que en todo caso habrá de primar el del menor⁴⁸.

La LOPJM modificó también el articulado del CC y de la LEC sin embargo fue la Ley 15/2005 de 8 de julio la que introdujo el principio en el CC⁴⁹. La LOPJM fue posteriormente modificada por la Ley orgánica 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. En ella se pone de manifiesto que estamos ante un concepto jurídico indeterminado y que como tal ha sido objeto de numerosas interpretaciones, ello no hace sino poner de manifiesto la necesidad de dar contenido a ese concepto, y para ello la reforma incorpora la última jurisprudencia del Tribunal Supremo, los criterios de la Observación general n° 14 de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea considerado primordial.

⁴⁸ El artículo 11.2 de la LOPJM establece: “Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores: a) La supremacía de su interés superior”. Al respecto se pronunció diferente doctrina entre la que destaca por su relevancia, Cristina Guillarte Martín Calero, “El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley orgánica, de 15 de enero, de protección jurídica del menor”, en AA.VV. (coord. Cabedo Mallo, V., Ravetllat Ballesté, I. *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2016, páginas 87-88.

⁴⁹ Tras la reforma del CC por la Ley 15/2005 de 8 de julio, el principio del interés superior del menor aparece reflejado en algunos artículos como el 154, 156, 161 y 170.

4.2 Concepto y contenido del interés superior del menor

Visto todo lo anterior, es evidente que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado definido por el TS como cláusula general⁵⁰. De esta manera ese carácter general permite que pueda adaptarse para su aplicación a cada caso o supuesto concreto, dependiendo eso sí de las circunstancias y necesidades del menor, siendo en todo caso los tribunales los encargados de su interpretación y aplicación.

No obstante, no podemos olvidar que en ocasiones también el TS ha optado por aplicar el interés superior del menor y ha optado por aplicar el artículo 3 de la Convención, donde se niega la prevalencia del interés del menor, ya que como la Sala dice, también forma parte ésta de nuestro ordenamiento jurídico. Se trata de la Sentencia de 6 de febrero de 2014⁵¹, sobre un supuesto de gestación subrogada. En el Fundamento de derecho quinto de la sentencia se dice:

“7.- En el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el interés superior del menor tiene la consideración de "una consideración primordial" a la que han de atender los tribunales y demás instituciones públicas y privadas en todas las medidas concernientes a los niños. Pero, además de lo expuesto respecto de la pertinencia de concretar tal principio conforme a las pautas de la legislación en la materia, ha de tenerse en cuenta que tal principio no es el único que se ha de tomar en consideración. Pueden concurrir otros bienes jurídicos con los que es preciso realizar una ponderación. Tales son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del

⁵⁰ Sentencia del S de 6 de febrero de 2014, Fundamento de Derecho Quinto: “3. El interés superior del niño, o del menor, es un concepto jurídico indeterminado, esto es, una cláusula general susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial. Pero en ocasiones estos conceptos jurídicos indeterminados son lo que se ha denominado "conceptos esencialmente controvertidos", esto es, cláusulas que expresan un criterio normativo sobre el que no existe una unanimidad social porque personas representativas de distintos sectores o sensibilidades sociales pueden estar en desacuerdo acerca del contenido específico de ese criterio. 6. La tesis de los recurrentes no puede ser aceptada. La cláusula general de la consideración primordial del interés superior de la menor contenida en la legislación no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma. La concreción de dicho interés del menor no debe hacerse conforme a sus personales puntos de vista, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales. La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. NO hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 de la Constitución. Hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser precedentes, debe realizar el parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo”. ECLI:ES:TS:2014:247.

⁵¹ STS núm. 247 de 6 de febrero de 2014, ECLI:ES:TS:2014:247.

estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación. Se trata de principios amparados por los textos constitucionales de nuestro país y de los de su entorno y en convenios internacionales sobre derechos humanos, y otros sectoriales referidos a la infancia y las relaciones familiares, como es el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993.”

Así vemos que, en el supuesto de la sentencia mencionada, el interés superior del menor queda relegado, por la aplicación del artículo 3 de la Convención, entendiendo el TS que ello es posible pues como señala la Convención, el interés del menor debe ser tenido en cuenta como otros intereses, y de esta forma habrá de realizarse la correspondiente ponderación entre ellos para ver cuál prevalece.

A falta de una definición por parte del ordenamiento jurídico del concepto y siguiendo a Roca Trías *el interés superior del menor no es más que el aseguramiento de la protección de sus derechos fundamentales*.⁵²

4.3 Criterios para la determinación del interés superior del menor

Frente a la ventaja que supone la aplicación del interés superior del menor en cualquier supuesto en que se ve implicado éste, su indeterminación no deja de plantear inseguridad jurídica por la gran discrecionalidad⁵³ que tienen los jueces a la hora de su interpretación y aplicación.

Una forma de limitar ese efecto negativo consiste en establecer unos criterios que permitan la apreciación del mismo y su más acertada aplicación. De esta manera el CC establece alguno de ellos, como por ejemplo el apartado 6º del artículo 96 establece que el juez deberá oír al menor cuando éste tenga suficiente juicio⁵⁴. La potestad de recabar dictámenes de especialistas que permitan

⁵² María Encarnación Roca Trías, “Contestación: el interés del menor como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado”, *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 93, 4/1994, Barcelona Páginas 975-976.

⁵³ Silvia Tamayo Haya, “El interés del menor como criterio de atribución de la custodia”, *Revista de derecho de familia*, núm. 41, 2008, p. 54.

⁵⁴ Artículo 92.6 CC: En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

valorar el régimen más adecuado para el menor⁵⁵. La recomendación de no separar a los hermanos⁵⁶.

Por su parte el artículo art. 2 de la LOPJM dedicado al interés superior del menor, recoge los siguientes criterios.

«a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas; b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior; c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia; d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad».

Además el apartado 3 establece que dichos criterios serán interpretados en función de la edad y el grado de madurez del menor, del principio de igualdad y no discriminación, del transcurso del tiempo en su desarrollo, la integración, soluciones que permitan la integración y desarrollo del menor en la sociedad, la preparación a la edad adulta y otros.

También la Jurisprudencia del TS ha venido poniendo de manifiesto otros, entre otras en su sentencia de 16 de febrero de 2015 «(...) la práctica anterior de

⁵⁵ Art. 92. 9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, del Fiscal o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de las personas menores de edad para asegurar su interés superior.

⁵⁶ Art. 92. 10. El Juez adoptará, al acordar fundadamente el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación, las cautelas necesarias, procedentes y adecuadas para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos.

los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de los deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven».

No se trata de una lista cerrada, por lo que la práctica judicial y administrativa irá complementándola.

En el mes de junio de 2020, el Consejo General del Poder Judicial, elaboró una guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida. En dicho documento se analizaron el impacto psicológico que una ruptura de pareja en la familia y los aspectos sociales de esa ruptura. También analizó el CGPJ la jurisprudencia del TS, de los TSJ y las Audiencias provinciales en materia de custodia, así como las relaciones parentales en los supuestos de violencia de género y contra los hijos. Con todo ese análisis se recoge en el Anexo III de la guía una guía de criterios que sirvan para determinar el régimen de custodia más adecuado en cada caso concreto.

Así para cualquier supuesto en que se trate la materia de custodia de los menores serán criterios que el juzgador debe aplicar: 1º La opinión del menor, cuando éste tenga suficiente juicio. 2º. El juez debe dejar de lado posiciones personales apriorísticas. 3º. El juzgador debe dar prioridad de los acuerdos alcanzados por las partes. 4º Se deben descartar aquellos modelos de custodia que no tengan como finalidad asegurar la relación más saludable y fructífera entre los y las menores y sus progenitores, 5º. No cabe la custodia compartida cuando exista proceso penal a cualquiera de los padres por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. 6º Se podrán adoptar las medidas cautelares que se estimen pertinentes para asegurar el cumplimiento del régimen de guarda establecido.

Al margen de estos criterios generales para todos los supuestos, en el anexo III de la guía se recogen los criterios específicos a tener en cuenta para decantarse a favor de uno u otro modelo de custodia. Siendo estos criterios los siguientes: 1. Opinión manifestada por los hijos e hijas menores 2. Capacidad, aptitud y habilidad parental 3. Disponibilidad para ejercer la custodia 4. La actitud de los progenitores 5. Vinculación psicológica o apego

6. Arraigo social y familiar de los hijos 7. Mantenimiento del statu quo con el fin de preservar la estabilidad de los hijos: continuidad de la figura cuidadora principal o cuidador primario 8. Existencia de conflicto entre los progenitores en tanto tenga incidencia sobre el menor 9. La edad de los menores 10. Recomendaciones de los informes periciales psicosociales

5. CONCLUSIONES

El interés superior del menor se configura como un concepto jurídico indeterminado, gracias a lo cual cabe su apreciación y aplicación genérica a cada supuesto en el que se vea implicado un menor. Tanto la legislación, de una forma más tímida como la Jurisprudencia y las actuaciones administrativas han venido estableciendo una serie de criterios, algunos muy generales, que permiten interpretar lo y realizar la correspondiente ponderación en los casos en que dicho interés colisiona con otros que estén en juego.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acedo Penco, Ángel. *Derecho de Familia*, editorial Dykinson, Madrid, 2021.
- Albaladejo García, Manuel. *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, editorial Bosch, Madrid, 2013.
- Almeda Samaranch, Elisabet. *Monoparentalidad y responsabilidad parental*, en: *La Custodia Compartida a Debate*, ed. PICONTO NOVALES, Teresa—, Cuadernos Bartolomé de las Casas, nº 56, editorial Dykinson, Madrid, 2012.
- Cruz Gallardo, Bernardo. *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*. Wolters Kluwer LA LEY, Madrid, 2012.
- González-Espada Ramírez, Silvana, *La guarda y custodia compartida: una nueva institución de Derecho de Familia en España*, Universidad Autónoma de Barcelona, 2013 (trabajo final de Máster en Derecho de Familia).
- Guillarte Martín Calero, Cristina. *El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley orgánica, de 15 de enero, de protección jurídica del menor*, en AA.VV. (coord. Cabedo Mallo, V., Ravetllat Ballesté, I. Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2016.
- La Cruz Berdejo, Jose Luis. *Elementos de derecho Civil IV, Familia*, 2010.
- Lathrop Gómez, Fabiola. *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, Madrid, 2008.

- Martínez Rodríguez, Nieves. *Mediación y guarda y custodia de menores*, en: La mediación en materia de familia y derecho penal: estudios y análisis — coord. MARTÍN DIZ, Fernando—, editorial Dykinson, 2011.
- Pinto Andrade, Cristobal, *La custodia compartida*, editorial. Bosch, Barcelona, 2009. 2ª Edición
- Ragel Sánchez, Luis Felipe, Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho Civil: Familia, editorial Dykinson, Madrid, 2000. Y La guarda y custodia de los hijos, en Derecho Privado y Constitución, n 15, de enero a diciembre de 2001.
- Rogel Vide, Carlos, *En torno a la custodia compartida de los hijos de padres separados — Del Anteproyecto al Proyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio—*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, nº 1, 2005.
- Roca Trías, María Encarnación. *Contestación: el interés del menor como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado*, Revista Jurídica de Catalunya, vol. 93, 4/1994, Barcelona.
- Tamayo Haya, Silvia, “El interés del menor como criterio de atribución de la custodia”, *Revista de derecho de familia*, núm. 41, 2008.
- Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Luis. Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja: Función parental, custodias alterna y unilateral y régimen de relación o de estancias de los menores con sus padres y otros parientes y allegados, editorial Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2013.

M^a CRISTINA CINTORA EGEA
Área de Derecho Civil
Departamento de Derecho Privado
Universidad de Extremadura
mcintora@unes.es
Orcid: 0000-0001-5507-8444



EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA: UNA VISIÓN RETROSPECTIVA

THE CRIME OF UNLAWFUL ASSOCIATION: A RETROSPECTIVE VIEW

GABRIELA C. COBO DEL ROSAL¹

Universidad Rey Juan Carlos. Madrid

Recibido: 02/11/2023

Aceptado: 07/12/2023

RESUMEN

El presente trabajo está dedicado a la evolución histórica de los delitos de asociación ilícita a lo largo de la codificación española. Sin duda la asociación ilícita es expresivamente deudora de su historia tanto en lo que respecta a la evolución del delito mismo como a su inscripción en el marco de los delitos contra la Constitución. En este sentido el tema cobra un renovado y doble interés por la poca atención que se ha prestado hasta ahora a su estudio desde su recorrido histórico y por el debate que plantea la existencia de los delitos contra la Constitución a los que se incorpora esta figura delictiva.

Palabras clave: Asociación ilícita, delitos contra la Constitución.

¹ Doctora en Derecho. Profesora titular de Historia del Derecho y de las Instituciones. De marcada proyección internacional, cuenta con numerosas sus estancias de formación académica, docentes y de investigación en prestigiosas universidades como la Universidad Karl-Franzens Graz; la Universidad Degli Studi di Milano; la Universidad de Harvard o la Universidad San Marcos. Autora de varios trabajos en materia de codificación penal con visión histórica e Historia del Derecho Penal publicados en editoriales de reconocido prestigio.

ABSTRACT

This paper is devoted to the historical evolution of the offenses of unlawful association throughout the Spanish codification. Undoubtedly, unlawful association is expressly indebted to its history both in the evolution of the crime itself and in its inscription in the framework of crimes against the Constitution. In this sense, the subject takes on a renewed and double interest due to the little attention that has been paid so far to its study from its historical perspective and due to the debate raised by the existence of crimes against the Constitution to which this criminal figure is incorporated.

Keywords: Unlawful association, crimes against the Constitution.

Sumario: 1. *Introducción.* 2. *Antecedentes históricos del actual delito de asociación ilícita.* 2.1. *Derecho de asociación versus delito de asociación: la omisión en Cádiz y la dificultad del Trienio.* 2.2. *La configuración del delito de asociación ilícita en dos momentos: los Códigos Penales de 1848 y de 1870.* 2.3. *Continuidad en el tipo penal de asociación ilícita desde el último cuarto del siglo XIX.* 3. *Conclusiones.* 4. *Referencias bibliográficas.*

1. INTRODUCCIÓN

La historia del delito de asociación ilícita camina en paralelo con el reconocimiento del derecho de asociación. De la misma se desprenden indudables consecuencias que atañen a su vigente regulación. A primera vista, si hacemos el recorrido inverso desde su actual regulación al pasado, se observa que el actual Código Penal en su estructura obedece a una tradición legislativa por la que mantiene a los delitos de asociación ilícita ubicados dentro el Título XXI dedicado a los “Delitos contra la Constitución” donde su Capítulo IV se ocupa “De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”. Además, el delito, construido esencialmente a partir del Código de 1870, nació con unas carencias de las que, a día de hoy, no se ha recuperado. A la luz de la codificación penal histórica el estudio de estos delitos resulta doblemente interesante. En primer lugar, por no estar muy estudiado desde su recorrido histórico y, en segundo lugar, por la controversia que suscita no sólo su inclusión

desde 1870 dentro de los delitos contra la Constitución, sino la mera existencia de ésta última categoría.

Respecto a la evolución del delito se puede decir que básicamente atravesó dos etapas, que se corresponden con dos momentos políticos dispares por los que atravesó España. De tal modo que en su primera regulación los dos primeros códigos penales confirieron a estos delitos una connotación política y religiosa². Y es que las constituciones que los enmarcaban, -1812 y 1845-, no contemplaban en sus textos el derecho de asociación. A partir de la Constitución de 1869 quedaba ya reconocido este derecho y el Código Penal de 1870, en sintonía con los nuevos tiempos, configuró estos tipos penales como delitos contra la Constitución. Si a cada constitución corresponde un código penal, en particular, aquí, al reconocimiento constitucional de un derecho, le sigue una configuración penal de sus limitaciones.

El estudio de estos delitos, dada su inclusión dentro de los delitos contra la Constitución, pasa necesariamente por una reflexión preliminar acerca de la concreción del concepto de constitución que utilizaron los códigos penales. Para 1812 se había generalizado, al menos en buena parte de juristas, políticos y pensadores, un concepto racional normativo de constitución que implicaba su encaje con los principios enunciados en el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789³. De modo que debía ésta acoger una serie mínima de derechos de los ciudadanos, así como la división de poderes⁴.

² El presente estudio se ha desarrollado en el marco del Proyecto “Tradición e influencias extranjeras en la Codificación penal española: contribución de la jurisprudencia en la evolución de la Parte Especial (1870-1995)” (PID2019-105871GB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. Parte de la base de dos trabajos anteriores de los cuales es deudor: Gabriela C. Cobo del Rosal Pérez, *Bicentenario del Código penal de 1822: la defensa penal de la Constitución de 1812 en su contexto histórico institucional*, Madrid: Dykinson S.L., 2021 y “El delito de asociación ilícita en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (1870-1972)”, Masferrer, A. (Dir.), Thomson Pamplona: Reuters Aranzadi, 2023, 91-128.

³ Vid. José A. López García, “La Constitución de 1812 y la ilustración jurídica española”, Miguel Angel Chamocho Cantudo y Jorge Lozano Miralles (coords.), *Sobre un hito jurídico. La Constitución de 1812*, (Jaén: Universidad de Jaén, 2012), 77-99.

⁴ Es ingente la bibliografía que aborda este tema. En el presente trabajo se ha seguido fundamentalmente el magisterio de Manuel García-Pelayo, *Derecho Constitucional comparado*, (Madrid: Alianza Universidad Textos, 1987) dedica un capítulo a la estructura constitucional del Estado democrático liberal, 141 ss.; Ignacio Cavero Lataillade / Tomás Zamora Rodríguez, *Constitucionalismo Histórico*, Madrid: Editorial Universitas, 1995, 70; Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, “Las Cortes de Cádiz y la Constitución. Una visión de conjunto”, *Anuario de Derecho Parlamentario*, 26, (2012): 191-208, 202; José Manuel Romero Moreno, *Proceso y Derechos Fundamentales en la España del siglo XIX*, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983), 68 y 69. Acerca del principio de igualdad que incorpora la democracia vid., Ignacio Villaverde Menéndez, “Verdad y Constitución.

El debate en torno a estos delitos afecta, en primer lugar, a su inclusión dentro de los mencionados delitos contra la Constitución, ya que la sola existencia de esta categoría delictiva genera de por sí gran controversia. Dicho debate entronca con otro de no menor calado, pues los delitos contra la Constitución, desde su creación, provocaron graves críticas conceptuales y fueron acusados de provocar inseguridad jurídica. De hecho, tal controversia perdura actualmente. En este sentido estos delitos han sido por lo general tachados de una constante remisión a una legislación penal en blanco, de adolecer de una conceptualización clara y de ofrecer serias dificultades a la hora de determinar el bien jurídico protegido. Sirva como botón de muestra, el encendido debate respecto a este último punto que atañe al bien jurídico protegido, en relación al cual, sin que ahora sea necesario entrar en la profundidad del resto del debate, Muñoz Conde explicaba que, si se quiere hablar de “protección de derechos fundamentales en el Código Penal”, prácticamente debe hablarse de “todo el Derecho Penal”. Porque el Derecho Penal es, ante todo, la culminación de un sistema jurídico especialmente dirigido a la protección de intereses y derechos fundamentales del individuo y de la sociedad⁵.

Más allá de su concepción como delitos contra la Constitución y centrando el tema concretamente en los tipos legales de asociación ilícita, también la doctrina actual se manifiesta en torno a su poca utilidad e incluso cuestionan su existencia que de trasfondo atañe a una presencia excesiva del Derecho Penal. Y es que se trata de un delito que tiene peligrosas concomitancias con los delitos políticos y puede llegar a entrar en contradicción con la teoría del “Derecho Penal mínimo”. También se acusa a esta tipificación de constituir “leyes penales en blanco”, conforme al concepto creado por Binding⁶ y que goza de gran acogida. Y además cabe entender que se duplican tipos penales, al colindar con los delitos de pertenencia a organización criminal creados en 2010 o con el delito de tenencia ilícita de armas. Muñoz Conde argumenta que apuntan a la “tendencia a la desformalización” que, en suma, puede llegar a comprometer el principio de legalidad⁷.

Una incipiente dogmática de las ficciones constitucionales”, *Revista española de derecho constitucional* 36 (2016): 149-201, 152-153, nota 8.

⁵ Francisco Muñoz Conde, “Protección de los derechos fundamentales en el Código Penal. Estudios sobre el Código Penal español de 1995 (Parte Especial)”, *Derecho y Cambio Social*, 22, (año 7, 2011): 1-11, 1

⁶ Acerca de esta “desformalización” *Ibid.*, 7 ss.

⁷ Para una aproximación preliminar en torno a las leyes penales en blanco vid. Miguel Abel Souto, “Las leyes penales en blanco” en *Nuevo Foro Penal*, n.º. 68, (2005): 13-30 donde ofrece una delimitación conceptual, así como la controversia doctrinal que la existencia de dichos preceptos plantea;

El recorrido histórico aquí ofrecido está encaminado a comprender mejor el origen de la actual redacción de los delitos de asociación ilícita, así como ofrecer argumentos para el debate acerca de su ubicación legal entre los delitos contra la Constitución, sin ofrecer un posicionamiento. Se trata de hacer extensible a estos delitos la propuesta metodológica planteada por Cavero y Zamora a la hora de abordar el estudio de cualquier texto constitucional para lo cual entendían era “imprescindible situarlo en las coordenadas de tiempo y lugar correspondientes”⁸. En estas páginas analizaremos las claves históricas que pueden clarificar el sentido e interpretación de la actual redacción de estos delitos.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ACTUAL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA

2.1. Derecho de asociación *versus* delito de asociación: la omisión en Cádiz y la dificultad del Trienio

El derecho de asociación en su aspecto político no fue reconocido por los primeros textos constitucionales y ello dejó un claro reflejo en la codificación penal, la cual, como es sabido, fue desarrollándose al compás de los graves virajes políticos que se resolvían modificando la Constitución y, de forma paralela si bien algo más lentamente, modificando la norma penal. La primera Constitución más allá de su signo liberal no observó tal derecho y durante su primera vigencia se mantuvieron como actividades delictivas a las reuniones y asociaciones de tal índole⁹. Durante el Trienio liberal que revitaliza la vigencia de la Constitución de 1812 la situación fue algo más permisiva a través de una legislación en ciertos aspectos aperturista, si bien sin llegar a reconocerse el derecho de

Mercedes García Arán, “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal” en *Estudios penales y criminológicos*, n.º. 16, (1992-1993): 63-104; Klaus Tiedemann, “Ley penal en blanco. Concepto y cuestiones conexas” en *Revista de ciencias penales: Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales*, n.º. 1, (1998): 515-541 obra que sigue resultando un punto del que partir. También vid. Antoni Llabrés Fuster, “Aproximación al estudio de las leyes penales en blanco”, Tesis doctoral dirigida por Juan Carlos Carbonell Mateu, Universidad de Valencia, 2001.

⁸ Iñigo Cavero Lataillade y Tomás Zamora Rodríguez, *Constitucionalismo Histórico*, Madrid: Editorial Universitas, 1995, 59. En sentido similar José Manuel Vera Santos, *Las Constituciones de España. Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, Prólogo de Pedro González-Trevijano, Madrid: Civitas, 2008, 13.

⁹ Aclara Flaquer que “La revolución francesa había enaltecido la individualidad de la persona, pero, por el contrario, dejaba a ésta inerte, en solitario y abandonada a su suerte frente al grupo”. Será a lo largo del siglo XIX cuando se impulse el asociacionismo principalmente encaminado a combatir el despiadado sistema industrial. Vid. Rafael Flaquer, “Los derechos de asociación, reunión y manifestación” en *Ayer*, n.º. 34, (1991): 155-175, 155.

asociación. Sin embargo, el regreso al poder de Fernando VII trajo un retroceso sustancial respecto del derecho de asociación y renovó su vigencia la *Novísima Recopilación* a la cual se incorporó la legislación fernandina de carácter restrictivo.

Las siguientes Constituciones tampoco reconocerían este derecho y no fue sino en el bienio progresista en que se observa un atisbo de aperturismo del mismo modo que ocurriera durante el Trienio. Ello en la medida en que de forma excepcional el gobierno autorizaba ciertas libertades sin reconocer todavía tampoco concretamente el derecho de asociación. En 1864 se aprobó la Ley de Reuniones de 22 de junio de 1864 publicada al día siguiente¹⁰ que de forma tímida reconocía el derecho de reunión, si bien de un modo poco coherente con el contexto normativo y político de que se rodeaba¹¹. En todo caso, los incipientes partidos políticos terminaron por ser tolerados por el régimen liberal. Los derechos de asociación y reunión fueron seña de identidad de la Revolución de 1868 y lograron entonces ser reconocidos constitucionalmente. Estos derechos entonces consagrados quedaron sin presencia al terminar el periodo revolucionario. De modo que limitados por el Código Penal de 1870 el reconocimiento de estos derechos era interpretado según la conveniencia. Sería la Constitución de 1876 la que consagró estos derechos con la Ley Orgánica de 1887 que reguló el derecho de asociación y con la de 1880 que fijaba las reglas con arreglo a las cuales podrá ejercitarse el derecho de reunión pacífica que concedía el artículo 13 de la Constitución¹². Ello sin perjuicio de que existió en la práctica una marcada tendencia a restringirlos a través de Circulares e Instrucciones del Gobierno, incluso a través de la doctrina del Tribunal Supremo¹³.

La Dictadura de Miguel Primo de Rivera supuso a lo largo de sus casi siete años de vida una parada forzosa en el reconocimiento de estos derechos que quedaron suprimidos a través de la suspensión de la Constitución de 1876. A la prohibición de todos los partidos políticos tan solo sobrevivió el P.S.O.E.. Así pues, los años que precedieron a la República habían adolecido del reconocimiento de estos derechos y en 1931 el foco de la República se centró en aspectos de índole social y económica. Sin embargo, las dificultades del periodo además restringieron la agilidad del ejercicio de las libertades, así pues, en la práctica,

¹⁰ Disponible en <https://legishca.umh.es/1864/06/22/1864-06-22-reuniones-publicas/>

¹¹ Flaquer, "Los derechos...", 160-162.

¹² Disponibles en <http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/reunion/1887.htm> <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1880-4234> respectivamente.

¹³ Flaquer, "Los derechos...", 162-169.

muchos derechos fueron regulados por la vía administrativa y rígidamente restringidos. De modo que, aunque la Constitución de 1931 reconocía tales derechos de asociación y reunión, la Ley de Defensa de la República actuó como el instrumento legal para la anulación de tales derechos siendo en este periodo ambos derechos muy restringidos¹⁴.

Así pues la Constitución de 1812 se sitúa en el contexto constitucional en el marco del “liberalismo originario”, en el que de forma casi exclusiva destacaban “los derechos individuales, típicamente burgueses”¹⁵. Es por ello por lo que fundamentalmente se ocupó de los derechos que concedían autonomía al individuo respecto del Estado, intentando limitar al máximo su interferencia en la vida de los ciudadanos¹⁶. Se trataba del conocido como “concepto de libertad negativa” a través del cual el hombre era libre en la medida en que el Estado no intervenía. Su propuesta era en suma limitar al máximo las competencias del Estado en función de preservar la libertad del individuo¹⁷.

Como se ha concluido la Constitución española de 1812 no reconocía expresamente el derecho de asociación¹⁸, ni siquiera hay constancia de un debate entre los constituyentes en torno a este derecho¹⁹. No reconociéndose los derechos políticos de asociación y de reunión solamente tenían posibilidad de existir legalmente las asociaciones con fines económicos, religiosos o culturales²⁰.

¹⁴ Rojas Sánchez, *Los derechos políticos de asociación y reunión en la España contemporánea (1811-1936)*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1981, 17-18. En torno a este silencio de la norma constitucional vid. Romero Moreno, *Proceso y Derechos Fundamentales en la España del siglo XIX*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, 461-469. Vid. José Daniel Pelayo Olmedo, “El derecho de asociación en la historia constitucional española, con particular referencia a las leyes de 1887 y 1964” en *Historia constitucional (revista electrónica)*, nº. 8, (2007): 95-122.

¹⁵ Iñigo Cavero Lataillade y Tomás Zamora Rodríguez, *Constitucionalismo...*, 70.

¹⁶ *Ibid.*, 70.

¹⁷ *Ibid.*, 70.

¹⁸ Rojas Sánchez, *Los derechos políticos...*, 17-18. En torno a este silencio de la norma constitucional vid. Romero Moreno, *Proceso...*, 237 ss.

¹⁹ Rojas Sánchez, *Los derechos políticos...*, 19. Vid. Melchor Fernández Almagro, *Orígenes del Régimen Constitucional en España*, (Barcelona: Labor, 1976); Francisco Pi y Margall, Francisco Pi y Arsuaga, *Las grandes conmociones políticas del siglo XIX en España*, I, (Seguí: 1931) y José Luis Comellas, “Las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812”, en *Revista de Estudios Políticos*, 126, (1962): 69-112, 100 y ss.

²⁰ Rojas Sánchez, *Los derechos políticos...*, 17-18. Resulta por ello llamativo que el Código Penal en el artículo 320 en cambio reconozca el derecho de reunión: “Artículo 320. Lo dispuesto en este capítulo es y debe entenderse sin perjuicio de la libertad que tienen todos los españoles para reunirse periódicamente en cualquier sitio público a fin de discutir asuntos políticos, y cooperar a su misma ilustración, con previo conocimiento de la autoridad superior local, la cual será responsable de los abusos, tomando al efecto las medias oportunas, sin excluir la de suspensión de las reuniones.” Si bien no reconocía el derecho de asociación, exigía para el derecho de reunión solamente el previo conocimiento de la autoridad. Dicho reconocimiento suplía la carencia de su referencia en un artículo en la Constitución Vid. Ramos Vázquez, “Los delitos de asociación...”, 417. Las referencias

Heredera del pensamiento liberal burgués francés, acogía en este extremo su marcado carácter individualista que entendía a las asociaciones como contrarias a la libertad y, se requería por ello, una autorización especial para su establecimiento²¹. Y es que la finalidad de las asociaciones entendidas en sentido amplio como, -corporaciones, gremios o cofradías-, en el periodo prerrevolucionario francés tenían connotaciones de monopolio y marcado acento excluyente que, a juicio de los liberales, recortaban las libertades políticas y de mercado²². Todo ello tuvo su eco en la primera Constitución española que omitió el reconocimiento al derecho de asociación²³. De cuño afrancesado será pues el Decreto de 8 de junio de 1813 que suprimía las asociaciones o corporaciones gremiales de trabajadores²⁴. Esta ley sufrió la misma doble vigencia que la Constitución de 1812 tras la derogación fernandina y el posterior pronunciamiento de Riego que trajo el Trienio liberal y la segunda vigencia tanto de la Constitución de 1812 como de este Decreto. Además, fue consolidado a través de los Decretos de 20 de enero de 1834 y de 2 y 6 de diciembre de 1836 que abolían todos los gremios de trabajadores²⁵. En suma, los constitucionalistas de Cádiz temerosos de las reuniones y de las asociaciones se centraron más en el ejercicio de la soberanía

acerca de este periodo constitucional son innumerables. Se ha seguido en este trabajo a Jordi Solé Turá, y Eliseo Aja, *Constituciones y periodos constituyentes en España (1808-1936)*, (Madrid: Siglo XXI de España, 1977); Luis Sánchez Agesta, *Historia del Constitucionalismo español*, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 3ª Edición revisada, 1978); José Luis Comellas, *El trienio constitucional*, (Madrid: Rialp, 1963); “Las Cortes de Cádiz...”; Francisco Fernández Segado, *Las Constituciones históricas españolas*, (Madrid: Civitas, 1986); Joaquín Tomás Villarroya, *Breve historia del Constitucionalismo español*, 10ª Edición, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992).

²¹ Su estudio debe realizarse desde la aproximación que lo observa como “producto histórico de una corriente social, política y jurídica identificada bajo los postulados del régimen liberal e individualista que representó la Revolución Burguesa. Derivado de ello, la ideología individualista de defensa a ultranza del individuo y sus derechos -en específico, los de libertad y propiedad- llevan de consuno al tratamiento desde una perspectiva de prohibición de cualquier instancia que impidiera el normal desarrollo y efectivo ejercicio de tales derechos”, derivándose de todo ello “una posición negativa y contraria a la formación de instancias intermedias que se interpusieran entre los individuos y entre éstos y el Estado -mínimo-”. Manuel García Jiménez, “La Constitución de 1812 y el debate por las libertades de asociación”, Chamocho Cantudo y Lozano Miralles (coords.), *Sobre un hito ...*, 353-345.

²² Isabel Ramos Vázquez, “Los delitos de asociación ilícita, coalición o coligación en Francia y España a lo largo del siglo XIX”, *Tradicón e influencias extranjeras en la codificación penal española: parte especial* (A. Masferrer), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona: 2020, 393-435, 394.

²³ Acerca de la permisividad de hecho durante este periodo vid. José Daniel Pelayo Olmedo, “El derecho de asociación...”, 96.

²⁴ Disponible en https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/coleccion-de-los-decretos-y-orde-nes-que-han-expedido-las-cortes-generales-y-extraordinarias-desde-24-de-febrero-de-1813-hasta-14-de-setiembre-del-mismo-ano-en-que-terminaron-sus-sesiones-comprende-ademas-el-decreto-expedido-por-las-cortes-extraordinarias-/html/0027cd54-82b2-11df-acc7-002185ce6064_105.html

²⁵ Disponible en <https://www.boe.es/gazeta/dias/1834/01/21/pdfs/GMD-1834-10.pdf>
Vid. Ramos Vázquez, “Los delitos...”, 395.

popular que en el de los derechos individuales y fueron numerosas las muestras de este temor antes y durante la azarosa vigencia de la Constitución de 1812²⁶.

Como normas vigentes en este periodo en torno a las asociaciones ya se ha indicado que capitaneaba la *Novísima Recopilación* de 1805 que, de forma dispersa, hacía alusión en su Libro II “De los delitos y sus penas” que por una parte aludía a los “ayuntamientos, bandos y ligas; y cofradías y otras parcialidades” y por otra a los “túmulos, asonadas y conmociones populares” confiriendo a todas estas actividades un halo de ilicitud²⁷. El fundamento normativo de las asociaciones, concretamente, se contenía en una Ley de Juan I de 1390 que prohibía a los Concejos, comunidades y a particulares establecer “ayuntamientos ni ligas con juramento” con compromiso de guardarse los unos a los otros y quedaban por nulas todas las ligas anteriores a esta norma, así como las posteriores. Dicha Ley fue renovada por los Reyes Católicos en 1501²⁸.

En 1822, con la segunda vigencia de la Constitución de 1812, por vez primera se enfrentó el legislador decimonónico a codificar el Derecho Penal. Recuerda Ramos Vázquez que en España la “cuestión social” aún no era un problema, por ello el legislador de 1822 no vio necesario incluir como delitos las asociaciones con fines privados o de trabajadores que se circunscribían al ámbito civil a través de la contratación privada²⁹. Además, el común parecer del periodo del Trienio liberal seguía siendo reticente a la hora de reconocer el derecho de asociación. Se consideraba que podían las reuniones y asociaciones terminar por quebrar el sistema recientemente construido al “arrogarse parte de la soberanía popular y producir así un Estado dentro de otro Estado”³⁰. Si bien durante este periodo se fue abriendo tímidamente la posibilidad del funcionamiento de las reuniones, -no de las corporaciones ni de las asociaciones-, a través del Decreto de las Cortes de 1820 que las autorizaba con el previo conocimiento de sus actividades por parte de la autoridad. De tal modo que no se reconocía este derecho, pero se abría de forma restringida cierta libertad de acción, por una finalidad meramente práctica. Ello porque admitían su eficacia

²⁶ Rojas Sánchez, *Los derechos políticos...*, 20. Recoge otras disposiciones normativas represoras García Jiménez, “La Constitución de 1812...”, Chamocho Cantudo, Lozano Miralles (coords.), *Sobre un hito ...*, 353.

²⁷ *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, Libro XII, Título XII, Ley I. Que además incluía la Pragmática de Carlos III del 17 de abril de 1774 relativa a la prevención de bullicios y conmociones populares. *Novísima Recopilación*, XII, XI, V.

²⁸ *Novísima Recopilación*, XII, XII, VIII. De todo ello da cuenta Rojas Sánchez, *Los derechos políticos...*, 18.

²⁹ Ramos Vázquez, “Los delitos...”, 414.

³⁰ Rojas Sánchez, *Los derechos políticos...*, 24.

formativa, todo lo cual se evidenció en el Código Penal de 1822³¹.

A la hora de regular conductas análogas a las que integrarán el futuro delito de asociación ilícita el legislador penal del Trienio centró fundamentalmente su objeto en controlar aquellas asociaciones con fines meramente políticos o religiosos en su Título III, Capítulo IV “De las facciones y parcialidades y de las confederaciones y reuniones prohibidas”, artículos del 315 al 320. El artículo 315 lo dedicó a los conciertos para armarse o, para armar a otros contra personas o para imponer que domine alguna facción o para, con violencia, atentar el orden público³². Se sancionaba con multa y arresto a las corporaciones con fines religiosos cuya existencia no se hubiera puesto en conocimiento del Gobierno y sin licencia (artículo 316); se conminaba a la disolución y se sancionaba con multa y arresto a las juntas, sociedades o corporaciones con fines políticos constituidas sin licencia del Gobierno (artículo 317). Y si tomaban para algún acto la voz del pueblo, o se arrogaban alguna autoridad pública, se les aumentaría la pena; se registraba como delito toda reunión para tramar, preparar o ejercitar alguna acción contraria a las leyes. Los asistentes eran castigados con un arresto y multa. Los jefes, directores y promotores y los que hubieren prestado para ella su casa o habitación, sufrirían doble pena: todo sin perjuicio de que a unos y otros se les impusiera las demás que merezcan por el delito que hubieren cometido. También se recogía las penas para los que participaran en “reunión secreta” en la que se incorpora las actividades preparatorias para la ejecución de un delito (artículo 319). Un último artículo quedaba destinado a recordar la “libertad que tienen todos los españoles para reunirse periódicamente”. Y es que la sola carencia de una autorización daba lugar al delito y la exigua delimitación de estos delitos entraba en colisión con el derecho a reunirse pacíficamente³³. Ramos Vázquez ha estudiado que en los casos en que en los conciertos se ejerciera la violencia colectivamente se podían asimilar a los delitos políticos de asonada, motín, rebelión o sedición contenidos en los artículos 807 y 808³⁴. Las asociaciones delictivas del Código de 1822 perseguían pues fines políticos o religiosos y compartían como exigencia común el desconocimiento del Gobierno³⁵.

³¹ *Ibid.*, 24-25 y 44.

³² Donde los promotores y autores principales incurrían en las penas de arresto de cuatro días a tres meses.

³³ La falta de mayores exigencias a la hora de configurar el delito encuentra la inspiración en una Ley de Sociedades Patrióticas de 21 de octubre de 1821, vid. Ramos Vázquez, “Los delitos...”, 416.

³⁴ *Ibid.*, 415.

³⁵ Sus orígenes se remiten a la Ley de Sociedades Patrióticas de 21 de octubre de 1821 que tenía la intención de controlar la proliferación de asociaciones políticas en España que surgieron en el azaroso siglo XIX. Vid. Ramos Vázquez, “Los delitos de asociación...”, 416.

Por lo que respecta a los delitos contra la Constitución de los que terminará por formar parte el delito de asociación ilícita, el Código de 1822 a través de su Título I “De los delitos contra la Constitución y orden político de la Monarquía”, en su Capítulo IV, “De los delitos contra la libertad individual de los españoles” se preocupó fundamentalmente por limitar la arbitrariedad de las autoridades en el ejercicio del poder estrechando su campo de acción, armonizando de forma expresiva el texto penal a la Constitución³⁶. Se alude a este Título dado que, como se ha anunciado, a partir de 1870 los delitos de asociación ilícita integraron de forma estable y hasta la actualidad los delitos contra la Constitución³⁷. Como es sabido el Código de 1822 tuvo una vigencia escasa ya que se aprobó en un régimen que terminaría al año de su entrada en vigor. Fernando VII trajo la derogación de toda la obra legislativa de signo liberal llevando a España al periodo conocido como la “década ominosa” que concluyó en 1833. La normativa algo más abierta del Trienio en torno a las asociaciones se derogó en octubre de 1823 y la *Novísima Recopilación* recuperó su plena vigencia en este asunto y la proscripción de las sociedades secretas, en las que se habían ido transformando las reuniones y asociaciones, fue la línea de actuación del legislador de este periodo³⁸.

La posterior legislación también sería duramente contraria a las sociedades secretas, asociaciones y reuniones. De ello dio muestra el Decreto de 26 de abril de 1834 contra las sociedades secretas y el Real Decreto de 17 de julio contra las reuniones. El Estatuto Real de 1834 no recogió nada relacionado con derechos individuales y aunque la Constitución de 1837 sí reconocía más derechos, entre éstos no se recogían los derechos de asociación y reunión. La Constitución de 1845 al igual que su predecesora siguió sin reconocer expresamente el derecho

³⁶ Este Título Primero quedó integrado por tres Capítulos más: Capítulo I, “De los delitos contra la libertad de la Nación” (artículos 188-218); Capítulo II, “De los delitos contra el Rey, la Reina ó el Príncipe heredero” (artículos 219-226); Capítulo III, “De los delitos contra la religión del Estado” (artículos 227-241).

³⁷ Este catálogo de delitos recogido entre los artículos 242 a 246, evidenciaba a través del bien jurídico protegido contenido en cada uno de ellos, el reconocimiento de determinados derechos fundamentales propios de las Constituciones decimonónicas. Así, se defendía la libertad de expresión ante cualquier ataque de parte de las autoridades (artículo 242); se recogía la protección a los ciudadanos frente a las actuaciones arbitrarias de las autoridades (artículo 243); se prevenía de las posibles detenciones de particulares sin justificación y de las perpetradas por funcionario público (artículo 244); se establecía que a pesar de lo previsto el que, sin autoridad ninguna, arrestare o prendiere a alguna persona, para oprimirla, mortificarla o detenerla en custodia privada, sufriría una pena (artículo 245). Y, finalmente, se describían las detenciones arbitrarias (artículo 246).

³⁸ De los atisbos normativos liberalizadores del derecho de asociación de este periodo ofrece un recorrido Rojas Sánchez, *Los derechos políticos...*, 51-56. También acerca de la proscripción de reuniones y asociaciones en este periodo, *ibid.*, 57-61.

de asociación³⁹.

2.2. La configuración del delito de asociación ilícita en dos momentos: los Códigos Penales de 1848 y de 1870

El Código Penal de 1848 que nació en su marco constitucional, adolecía de unos delitos contra la Constitución y orden político de la Monarquía, y tampoco incluyó los delitos contra la libertad individual de los españoles. De modo que los delitos de asociación ilícita se inscribieron en el Libro II, Título III, “Delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público” que en su Capítulo IV, los artículos bajo la rúbrica “De las asociaciones ilícitas” distribuido en dos Secciones con una Sección primera destinada a las “Sociedades secretas” (artículos 202 a 204) y una Sección segunda “De las demás asociaciones ilícitas” (artículos 205 a 206)⁴⁰. Deudor de las corrientes retribucionistas y preventivas el Código Penal de 1848 ofrecía una mayor descripción de los delitos, así como un más variado número de penas a fin de ajustar en mayor medida la pena a las circunstancias del delito⁴¹. Cabe ser destacado que todavía el planteamiento jurídico y más concretamente penal hacia las asociaciones políticas o religiosas no había cambiado respecto del observado por el Código de 1822, eran temidas por su potencial riesgo y el legislador entendía que su licitud debía ser excepcional.

Las sociedades secretas fueron reputadas en el artículo 202 como aquellas en las que sus miembros se obligaban a ocultar a la autoridad pública, “el objeto de sus reuniones o su organización interior” y las que en sus correspondencias con otras asociaciones “se valen de cifras, jeroglíficos u otros signos misteriosos”. La doctrina observa este delito como un tipo ambiguo, difuso y genérico dado que para constituirlo bastaba la mera agrupación de personas, así como su ocultación a las autoridades⁴². Destacan en él las duras penas con que se castigaban

³⁹ Romero Moreno, *Proceso y Derechos...*, 237 ss. Vid. Juan Ignacio Marcuello Benedicto, *La Constitución de 1845*, (Madrid: Iustel, 2007); Nora María Martínez Yañez, “Los derechos fundamentales en la Constitución de 1845 y en sus proyectos de reforma”, *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, (Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2002), 83-110.

⁴⁰ Esta nueva presentación del delito en dos secciones y la inclusión del tipo de asociación ilícita con fines económicos serán las dos principales aportaciones del Código de 1848, vid. Ramos Vázquez, “Los delitos de asociación...”, 419.

⁴¹ Acerca del carácter retribucionista del que es deudor el Código penal vid. Ramos Vázquez, “Los delitos de asociación...”, 418-419 y M^a. Dolores del Mar Sánchez González, *La codificación penal en España: Los códigos de 1848 y 1850*, (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2004), 32-37. También vid. Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal. Filosofía y Ley Penal*, Tomo II, (Editorial Losada: Buenos Aires, 1950), 39 ss..

⁴² Ramos Vázquez, “Los delitos de asociación...”, 420.

a las sociedades secretas que iban desde la prisión mayor para los dirigentes y destierro para los afiliados y, para ambos casos, se preveía la inhabilitación absoluta. En la Sección Segunda, se ocupaba de las asociaciones ilícitas, el artículo 205 establecía el número de veinte personas, o más, para constituir el tipo conformado por aquellos que diariamente o en días señalados se reunieran para tratar de asuntos religiosos, literarios, o de cualquier índole, sin contar con el consentimiento de la autoridad pública. En el artículo 206 se recogía su castigo. Cabe mencionarse, como curiosidad, que dicho número de participantes ha pasado en la actualidad a la Ley Orgánica 9/1983 reguladora del derecho de reunión ante el silencio a este respecto del Código Penal vigente. Salvo mínimas modificaciones que atienden a su punición, la regulación de estos tipos no sufre modificación en el Código de 1850⁴³. Es significativo que ante el ejemplo de lo que estaba ocurriendo en el resto de Europa y a pesar de que en España aún no había un movimiento obrero consolidado se incluyeron en este Código las coligaciones con fines de alterar “abusivamente el precio del trabajo” en el Título XIV en el marco de los delitos contra la propiedad Capítulo V “De las maquinaciones para alterar el precio de las cosas”⁴⁴.

En este periodo, como ya se ha visto, es en el que los derechos de asociación y reunión se convierten en símbolo de la revolución. Fue Sagasta quien dictó el primer Decreto del Gobierno Provisional que recogía el derecho de asociación el 20 de noviembre de 1868⁴⁵. La Constitución de 1869 en su Título Primero “De los españoles y sus derechos”, artículo 17, reconocía la libertad de expresión e incorporaba un genérico reconocimiento al derecho de reunión y al derecho de asociación mientras no atentara la vida humana, ni la moral pública, ni se dirigiera a peticiones tanto individuales como colectivas al Rey, a las Cortes o a las autoridades⁴⁶. El artículo 19 prevenía que podría suspenderse la asociación que cometiera delito o cuyo objeto o medios pusieran en riesgo la seguridad del

⁴³ Acerca de la reforma del Código Penal de 1850 en Sánchez González, *La codificación penal...*, 287-311. En este Código serán los artículos 207 a 212 distribuidos igualmente en las mismas dos Secciones los que se ocupen de este tema.

⁴⁴ Artículo 461 “Los que se coaligaren con el fin de encarecer o abaratar abusivamente el precio del trabajo, o regular sus condiciones, serán castigados siempre que la coligación hubiere comenzado a ejecutarse, con las penas de arresto mayor y multa de 10 a 100 duros ...”.

⁴⁵ Rojas Sánchez, *Los derechos políticos...*, 133-145. Un anterior Decreto de 1 de noviembre de 1868 había sancionado el derecho de reunión pacífica. Vid. Manuel Ramón Alarcón Caracuel, *La asociación obrera en el derecho histórico español: 1839-1900*, anexos documentales, 62-70 y *Gaceta de Madrid*, nº 307, 02-11-1868, 2.

⁴⁶ Acerca de la amplitud del reconocimiento de este derecho vid. Pelayo Olmedo, “El derecho...”, 97 y ss.

Estado⁴⁷.

Ramos Vázquez afirma que los miedos que provocaban el ejercicio de este nuevo derecho de asociación se evidenciaron en el texto constitucional y también en el Código Penal, el cual, como aseguraron sus redactores, había sido modificado esencialmente para su adecuación a los nuevos derechos reconocidos por la Constitución⁴⁸. Los Álvarez Cid entendieron que cuando el ejercicio de los derechos individuales provocaba un desorden público, se hacía imprescindible su represión y su castigo. De modo que el Código Penal aparecía con sus severos preceptos para mediar entre una expresión moderada de ideas y su traducción en hechos a través de la violencia⁴⁹.

Hasta que el derecho de asociación no fue reconocido en la Constitución no se desarrolló el concepto de delito de asociación ilícita, el cual surgiría en el ámbito de la protección de los delitos como resultado de la acción sindical⁵⁰. Afirma Ramos Vázquez que fue “gracias al reconocimiento constitucional” de los derechos de reunión y asociación que el Código Penal dejó de tipificar las “sociedades secretas” así como las asociaciones de más de veinte personas sin autorización previa⁵¹.

La reelaboración de este delito llegó con el Código Penal de 1870 cuando, por vez primera, se inscribía en su Título II entre los “Delitos contra la Constitución”. Su Capítulo II se ocupó “De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizadas por la Constitución”. Dicho Título incluía entonces a los delitos de reunión y asociación ilícitas entre los artículos 189 a 202 de la Sección Primera titulada “Delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución”⁵². Esta fórmula será la que llegará en su estructura básica al

⁴⁷ Álvarez Montero, “La libertad de trabajo...”, 341; Alfredo Montoya Melgar, “El Trabajo en la Constitución” en *Revista FORO 0/2004* (nueva época): 9-32, 12. Disponible en <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/FORO0404220009A>

⁴⁸ Ramos Vázquez, “Los delitos de asociación...”, 429, nota 103 y Romero Moreno, *Proceso y Derechos...*, 238-240.

⁴⁹ Álvarez Cid, Álvarez Cid, *El Código Penal...*, 496. Vid.: M. Blanca Olías de Lima, *La libertad de asociación en España (1868-1974)*, (Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1977); Gregorio Peces Barba, *Sobre las libertades políticas en el Estado español (expresión, reunión y asociación)*, (Valencia: Fernando Torres, 1977); Rojas Sánchez, *Los derechos...*; Luisa Velloso, “Los orígenes constitucionales del derecho de asociación en España (1868-1923)”, *Revista de Derecho Público*, n.º. 88-89, (1982); José Daniel Pelayo Olmedo, “El derecho...”.

⁵⁰ Ramos Vázquez, “Los delitos de asociación...”, 423.

⁵¹ *Ibid.*, 429.

⁵² Vid. Joaquín Francisco Pacheco, *El Código Penal concordado y comentado*, (Madrid: Imprenta de Manuel Tello, 1870), 150-154; José Álvarez Cid, Teófilo Álvarez Cid, *El Código Penal de 1870*, Tomo II, Córdoba: Librería de Juan Font, 1980, 493 ss; Alejandro Groizard, *El Código penal de 1870*,

Código Penal vigente. El Código de 1870 incluyó las reuniones o manifestaciones no pacíficas; las asociaciones ilícitas y los delitos que limitan la libertad de expresión. Los artículos 198 a 203, en los cuales contienen la base de la vigente regulación, tipificaban las asociaciones ilícitas. El artículo 198 definía las asociaciones ilícitas como aquéllas que por su objeto o circunstancias fueran contrarias a la moral pública⁵³ y las que tuvieran por objeto cometer un delito. Para ambos casos se castigaba, además, la reincidencia⁵⁴.

2.3. Continuidad en el tipo penal de asociación ilícita desde el último cuarto del siglo XX

La Constitución de 1876 también reconoció el derecho asociación (artículo 13) “para los fines de la vida humana”⁵⁵. Una legislación especial completó la regulación del delito de asociación ilícita a través, primero, de la Ley de 15 de junio de 1880 y, después de la Ley 30 de junio 1887, estableciendo que la autoridad podía entrar en todo momento en el domicilio o en el local de una asociación y suspender cualquier reunión en la que se cometiera o se acordase cometer un delito (artículo 12). Igualmente podría suspender sus funciones cuando hubiere indicios suficientes para valorar que se hubieran cometido ilícitos o que éstos fueran a perpetrarse. En un plazo de veinticuatro horas debería “poner en conocimiento del juzgado de instrucción a que correspondan los hechos que hubieran determinado la suspensión”. Asimismo, la autoridad judicial podría suspender las funciones de cualquier asociación tras dictar auto de procesamiento por “delito que dé lugar a que se acuerde la disolución en la sentencia” (artículo 14)⁵⁶. La Ley general sobre asociaciones de 30 de junio de 1887 a la hora de constituir una asociación estableció la exigencia del control del gobierno lo cual tuvo una buena acogida y bajo su férula se constituyeron, por ejemplo, el Partido

concordado y comentado, Tomo VII, Burgos: Imprenta de Timoteo Arnaiz, 1870, 312-313; Salvador Viada y Vilaseca, *Código Penal reformado de 1870. Con las variaciones introducidas en el mismo por la Ley de 17 de julio de 1876*, 3ª Edición, (Madrid: Librería de Fernando Fe, 1885), 229-238; Eugenio Cuello Calón, *Derecho Penal especial de España. (Caza, Pesca, Montes, Ferrocarriles, Propiedad Intelectual, Propiedad Industrial, Contrabando y Defraudación, Delitos monetarios, Acaparamiento, etc.)*, (Barcelona: BOSH, 1946), 123.

⁵³ Vid. Álvarez Cid, *El Código Penal...*, 497.

⁵⁴ Acerca del concepto de moral *ibid.*, 497.

⁵⁵ El artículo 14 anunciaba una legislación posterior encargada de regular los derechos de los ciudadanos.

⁵⁶ Vid. E. Cuello Calón, *Derecho Penal especial...*, 123. Por una Real Orden de 14 de junio de 1871 se estableció que fuera el alcalde la autoridad a la que se debía informar de las reuniones o manifestaciones que se celebraran.

Socialista Obrero Español o la Unión General de Trabajadores⁵⁷.

La Constitución de 1931 reconocía “el derecho a asociarse o sindicarse libremente para los distintos fines de la vida humana de conformidad con las leyes” en el artículo 39⁵⁸. Los sindicatos y asociaciones quedaban obligados a inscribirse en el registro público correspondiente. La apostilla se recogía en el artículo 42 donde se afirmaba que los derechos y garantías contenidos en ciertos artículos, incluyendo el 39, podrían ser suspendidos por decreto del Gobierno de forma parcial o en su totalidad “en todo el territorio nacional o en parte de él”, por la exigencia de salvaguardar la seguridad del Estado, “en casos de notoria e inminente gravedad [...]”, con unas salvaguardas legales. Éstas eran objeto de una detallada regulación, con previsiones y cautelas para evitar los abusos del Ejecutivo. Así, estando las Cortes reunidas se preveía que éstas resolvieran sobre la suspensión acordada por el Gobierno. Si, por el contrario, estuviesen cerradas, el Gobierno debía convocarlas en el plazo máximo de ocho días o se reunirían automáticamente al noveno día. Se establecía que las Cortes no podrían ser disueltas antes de resolver y, si estuvieran disueltas, el Gobierno debía dar inmediata cuenta a la Diputación Permanente, que resolvería con las mismas atribuciones que las Cortes. Se marcaba que el plazo de suspensión de garantías constitucionales no podría exceder a los treinta días. Y cualquier prórroga necesitaría acuerdo previo de las Cortes o de la Diputación Permanente si fuera preciso.

El 15 de abril de 1931 se derogó el Código Penal de 1928 de la Dictadura de Miguel Primo de Rivera y de nuevo entró en vigor el llamado Código de “verano”. El Decreto Ley de 2 de mayo depuró las expresiones afectas a la pasada monarquía para dar paso a las propias del sistema republicano. En el campo de los delitos de asociación se mantuvo la pauta general del Código de 1870. Sin embargo, unos meses después se introdujeron fuertes restricciones a estos derechos en la Ley de Defensa de la República de 21 de octubre de 1931. Hasta el punto de que, a pesar de que el nuevo régimen debía partir de la premisa de un reconocimiento generoso de derechos fundamentales, la doctrina ha observado que, en la práctica, los tiempos no estaban para que la defensa de estos derechos quedara en primer plano. Así lo evidencia el hecho de que no fueran el foco

⁵⁷ Ramos Vázquez, “Los delitos de asociación...”, 432. *Gaceta de Madrid*, n.º. 193m 12-07-1887, 105-106.

⁵⁸ La insignificante si no nula aplicación práctica del Código Penal de 1928 en esta materia justifica que se omita su análisis. Para un estudio de los de los derechos políticos de asociación y reunión bajo la Dictadura y la Segunda República vid. Rojas Sánchez, *Los derechos políticos...*, 383-460.

fundamental de los debates parlamentarios. Los problemas políticos del momento dieron un protagonismo excluyente al complejo asunto del ejercicio de las libertades, y, concretamente de los derechos políticos de reunión y asociación⁵⁹.

La Ley de Defensa de la República posibilitaba al Ministerio de la Gobernación a “clausurar los centros o asociaciones” que se considerara que incitaban a la realización de los actos comprendidos en el artículo 1º de dicha Ley (artículo 3). Rojas considera que estos actos quedaban “indefinidos”, citando específicamente sus abiertas definiciones: “toda acción o expresión que redunde en menoscabo de las instituciones u organismos del Estado” y “la incitación a resistir o desobedecer las leyes o las disposiciones legítimas de la autoridad”⁶⁰. Igualmente, el Ministerio de la Gobernación quedaba habilitado para “intervenir en la contabilidad e investigar el origen y distribución de los fondos de cualquier entidad de las definidas en la ley de asociaciones”. Todo ello ha llevado a Rojas a entender que los derechos de asociación y reunión durante la República fueron “restringidos y hasta suprimidos”⁶¹.

En suma, la doctrina considera que se trató de una legislación que entró en contradicción tanto con el Código Penal de 1870 como con la Ley Orgánica de 1887, porque, aunque no se declararan ilícitas las asociaciones políticas de oposición, quedaba impedida su libre actuación⁶². Insiste Rojas en que, si bien es cierto que los conflictivos tiempos que acompañaron a la República justificaban la restricción de muchos de los derechos constitucionalmente vigentes, tampoco puede observarse que se luchara por respetar formalmente y de hecho los derechos de asociación y reunión⁶³.

El Código Penal de 1932 siguió los pasos del legislador de 1870 y acogió estos delitos en el mismo Título II “Delitos contra la Constitución” Capítulo II “De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución”, Sección primera “Delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados

⁵⁹ Rojas Sánchez, *Los derechos políticos...*, 413.

⁶⁰ *Ibid.*, 413.

⁶¹ *Ibid.*, 413.

⁶² Se autorizaba a clausurar todos los centros o asociaciones movidos a realizar actos de agresión a la República, descritos en un muy amplio perfil. Vid. Rojas Sánchez, *Los derechos políticos...*, 416-417. Acerca del derecho asociación en la Segunda República en 413-460.

⁶³ Rojas Sánchez, *Los derechos políticos...*, 415.

por la Constitución” sin alterar su redacción⁶⁴.

Ya después de la Guerra Civil, el Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945, -modificado por Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967-, reconocía los derechos de reunión y asociación art. 16, con ciertas deficiencias en su protección⁶⁵. Más aún, tal derecho quedaba limitado por el art. 35 del Fuero de los Españoles, que desvirtuaba todo reconocimiento de derechos al facultar al Gobierno a su suspensión temporal en cualquier momento⁶⁶.

El Código Penal de 1944 recogió los delitos de asociación ilícita ahora en el Libro II “Delitos contra la seguridad interior del Estado” Capítulo II bajo el título “De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes” y su Sección primera sufrió igual modificación terminológica por razones evidentes, pues al adolecer de un texto constitucional, resultaba más adecuado referirse a la legislación. La estructura en todo caso se mantuvo y junto a los delitos contra la libertad de expresión (artículo 165) describió lo que no eran reuniones o manifestaciones pacíficas del mismo modo que lo hiciera el legislador de 1870 y después el de 1932 (artículo 166): 1º. Las que se celebraran con infracción de las disposiciones de policía. 2. Aquéllas en las que concurriera un número “considerable” de personas con armas “de cualquier clase”, depurando bajo esta fórmula amplia la expresión excesivamente casuística de “armas blancas o de fuego” del legislador de 1932. 3. Las que se celebraran con el fin de cometer alguno de los delitos penados en la Ley. Y, en 4º lugar, aquéllas en las que, durante su celebración, se cometiere alguno de los delitos penados en este Título, que mantenía idéntica redacción.

El artículo 172 se destinó a las asociaciones ilícitas⁶⁷, entendiéndose por tales las que por su objeto o circunstancias fueran contrarias a la moral pública y las

⁶⁴ Se incluía también entre este breve catálogo de delitos los mismos que en el pasado: las reuniones o manifestaciones no pacíficas; las asociaciones ilícitas y los delitos contra la libertad de expresión, si bien como novedad, ahora éstos los trata en primer lugar. Se mantiene idéntica descripción de las asociaciones ilícitas a la propuesta por el Código de 1870.

⁶⁵ Que han sido considerados como retóricos, entre otras razones, por no ser estos derechos exigibles directamente ante los tribunales ordinarios. Vid. Miguel Ángel Giménez Martínez, “Las leyes fundamentales y la construcción del constitucionalismo cosmético franquista”, *Glossae: European Journal of Legal History* 12 (2015): 381-408, 392.

⁶⁶ *Ibid.*, 12. Otros derechos afectados eran la libertad de expresión, el secreto de la correspondencia, la libertad de localizar la residencia, la necesidad de una orden judicial para verificar registros domiciliarios o el plazo máximo de 72 horas para la puesta a disposición judicial del detenido. Acerca de este periodo de complejo análisis vid. Ángel Sánchez de la Torre, “Comentario al Fuero de los Españoles”, (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975); Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, “Derechos”, en Javier Fernández Sebastián (coord.), *Diccionario político y social del siglo XX español*, (Madrid: Alianza, 2008).

⁶⁷ Acerca del delito de asociaciones vid. Cuello Calón, *Derecho Penal especial...*, 123 ss.

que tuvieran por objeto cometer algún delito; y las prohibidas por la autoridad competente. Las pocas novedades respecto de la anterior legislación se ubicaron al final, con este inciso que reputaba de ilícitas las prohibidas por la “autoridad competente” así como “las que se constituyeren sin haber cumplido los requisitos o trámites exigidos por la ley”. También novedoso lo fue el artículo 173, por el cual añadía como asociaciones ilícitas a los grupos o asociaciones que plantearan la destrucción o relajación del sentimiento nacional; a los constituidos dentro o fuera del territorio nacional para atacar la unidad de la nación española o para promover o difundir actividades separatistas. Además, la Ley de 1 de marzo de 1940 estableció como delitos pertenecer a la masonería o al comunismo así como a otras sociedades clandestinas “a las que el Gobierno podrá añadir las que juzgue necesario”⁶⁸. Por esta Ley se disolvían y prohibían todas estas organizaciones, cuyos bienes quedaban confiscados.

3. CONCLUSIONES

— La codificación penal no es homogénea a la hora de definir los Códigos los delitos contra la Constitución ni tampoco todos los Código Penales del pasado contienen dicha categoría delictiva. La fórmula acogida en el Código de 1822 fue la de “Delitos contra la libertad individual de los españoles” con la cual se inicia este hábito legislativo de incorporar tal categoría delictiva que parece pretender proteger de forma genérica la Constitución. Dicha propuesta resultó exitosa y solamente fue interrumpida por los Códigos de 1848/1850 y el de 1944 de evidente índole autoritario. A partir de 1870 los delitos de asociación ilícita quedan recogidos dentro de los delitos contra la Constitución de forma continuada. De modo que a partir de 1870 el continuismo a la hora de incluir estos delitos dentro de los delitos contra la Constitución será la tónica en los delitos de asociación ilícita tal y como ha llegado a día de hoy sin apenas modificaciones.

— Se evidencia además a partir de 1870 un continuismo a la hora de configurar el delito de asociación ilícita que, a través de la transcripción literal del mismo en los sucesivos Códigos. Siendo que en el delito de asociación ilícita el Código de 1932 tan solo introduce alguna alteración en sus penas y ello en poca medida. Este continuismo fue matizado profundamente con la promulgación de la Ley de Defensa de la República que abría la posibilidad al gobierno para

⁶⁸ *Ibid.*, 124.

restringir tal derecho.

— El Código de 1944 politiza el delito de asociación ilícita. Entiende por tales: a los grupos o asociaciones que planteen la destrucción o relajación del sentimiento nacional; a los grupos o asociaciones, constituidos dentro o fuera del territorio nacional, para atacar la unidad de la Nación española o para promover o difundir actividades separatistas. Además, la Ley de 1 de marzo de 1940 que estableció como delitos pertenecer a la masonería o al comunismo confiscando además todos sus bienes, así como a otras sociedades clandestinas, dejando al Gobierno de un cómodo *numerus apertus*.

— La vigente existencia de los delitos contra la Constitución genera gran controversia que llega incluso a que la doctrina se cuestione la conveniencia del mantenimiento de esta categoría delictiva. Las críticas giran en torno a la difusa concreción de sus conceptos y a la inseguridad jurídica con que nacen estos delitos y que se mantienen actualmente. Concretamente, el problema de su recurrente remisión a una legislación penal en blanco; la ausencia de una conceptualización de estos tipos penales que los lleva a confundirlos con otras figuras, así como la dificultad de esclarecer el bien jurídico protegido de los mismos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alarcón Caracuel, M.R., *La sociedad obrera en el derecho histórico español: 1839-1900*.

Tesis Doctoral. Sevilla, 1973.

Álvarez Cid, J., / Álvarez Cid, T., *El Código Penal de 1870*. Tomo II. Córdoba: Librería de Juan Font, 1980.

Barbero Santos, M., “Estado constitucional de Derecho y sistema penal”. *Revista de derecho, Criminología y ciencias penales* 2 (2000): 125-133.

Carbonell Mateu, J.C.:

- *Derecho Penal concepto y principios constitucionales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 3ª edición, 1999.

- “Reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la banalización de la legalidad”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Coordinado por Luis Arroyo Zapatero e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Cuenca: Universidad de Castilla Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, 2001.

Cavero Lataillade, I. / Zamora Rodríguez, T., *Constitucionalismo Histórico*. Madrid: Editorial Universitas, 1995.

Chamocho Cantudo, Miguel Angel, Lozano Miralles, Jorge (coords.). *Sobre un hito jurídico*.

- La Constitución de 1812*. Jaén: Universidad de Jaén, 2012.
- Cobo del Rosal Pérez, G.C., *Bicentenario del Código penal de 1822: la defensa penal de la Constitución de 1812 en su contexto histórico institucional*. Madrid: Dykinson S.L., 2021;
- “El delito de asociación ilícita en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (1870-1972)”. En Masferrer, A. (Dir.), Thomson Pamplona: Reuters Aranzadi, 2023: 91-128.
- Fernández Álvarez, M., *Las sociedades secretas y los orígenes de la España contemporánea*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas Arbor, 1962.
- Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Prólogo de Norberto Bobbio, Madrid: Trotta, 1995.
- Flaquer, R., “Los derechos de asociación, reunión y manifestación” en *Ayer*, nº. 34, (1991): 155-175.
- Fuente, V., de la, *Historia de las sociedades secretas antiguas y modernas en España, y especialmente la francmasonería*, 2 vols., Madrid, 1872-1882.
- García Arán, M., “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal” en *Estudios penales y criminológicos*, nº. 16, (1992-1993): 63-104.
- García Pelayo, M. *Derecho constitucional comparado*, Alianza, Madrid, 1969.
- Jiménez de Asúa, L., *Tratado de Derecho Penal. Filosofía y Ley Penal*. Tomo II/III. Editorial Losada: Buenos Aires, 1950/1958.
- Masferrer, A., *De la honestidad a la integridad Sexual. La formación del Derecho Penal sexual español en el marco de la cultura occidental*. Thomson Reuters Aranzadi: Pamplona, 2020;
- “Criminal law and morality revisited. Interdisciplinary perspectives”, *Criminal law and morality in the age of consent: Interdisciplinary perspectives* (Cham: Springer, 2020), pp. 1-30.
- Muñoz Conde, F., “Protección de los derechos fundamentales en el Código Penal. Estudios sobre el Código Penal español de 1995 (Parte Especial)”. *Derecho y Cambio Social*, 22, (año 7, 2011): 1-11.
- *Derecho Penal. Parte Especial*, 22^a ed. revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2019 y 2/2019 con la colaboración de Carmen López Peregrín. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Pacheco, J. F., *El Código Penal concordado y comentado*. Tomo III. 4^a edición. Madrid: Imprenta de Manuel Tello, 1870.
- Pelayo Olmedo, J.D., “El derecho de asociación en la historia constitucional española, con particular referencia a las leyes de 1887 y 1964”. *Historia constitucional, revista electrónica*, nº. 8, 2007.
- Ramos Vázquez, I., “Los delitos de asociación ilícita, coligación en Francia y España a lo largo del siglo XIX”. *Tradición e influencias extranjeras en la codificación penal*

- española: parte especial* (A. Masferrer). Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona: 2020.
- Rodríguez Mourullo, G., “Delito, pena y constitución”. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 8 (2003): 311-329.
- Rojas Sánchez, G., *Los derechos políticos de asociación y reunión en la España contemporánea* (1811-1936). Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1981.
- Romero Moreno, J.M., *Proceso y Derechos Fundamentales en la España del siglo XIX*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- Roura Gómez, S.A., *La defensa de la Constitución en la historia constitucional española*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- Sánchez González, M.D.M., *La codificación penal en España: Los códigos de 1848 y 1850*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.
- Serrano Gómez, A./ Serrano Maíllo, A./ Serrano Tárraga, M.D./ Vázquez González, C., *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*. 5ª Edición. Madrid: Dykinson, 2019.
- Souto, M. A. “Las leyes penales en blanco” en *Nuevo Foro Penal*, nº. 68, (2005): 13-30.
- Tiedemann, K., “Ley penal en blanco. Concepto y cuestiones conexas” en *Revista de ciencias penales: Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales*, nº. 1, (1998): 515-541.
- Varela Suanzes-Carpegna, J., “Las Cortes de Cádiz y la Constitución. Una visión de conjunto”, *Anuario de Derecho Parlamentario* 26 (2012): 191-208.
- Viada y Vilaseca, S., *Código Penal reformado de 1870. Con las variaciones introducidas en el mismo por la Ley de 17 de julio de 1876*. 3ª Edición, Madrid: Librería de Fernando Fe, 1885.
- Velloso, M.L., “Los orígenes constitucionales del derecho de asociación en España (1868-1923)”, *Revista de Derecho Público*, nº. 88-89 (1982).
- Villaverde Menéndez, I., “Verdad y Constitución. Una incipiente dogmática de las ficciones constitucionales”. *Revista española de derecho constitucional* 36 (2016): 149-201.

GABRIELA C. COBO DEL ROSAL
 Área de Historia del Derecho
 Departamento de Derecho Privado
 Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
 Universidad Rey Juan Carlos
 gabri42@hotmail.com
 Orcid: 0000-0001-8515-4743



Doi: <https://doi.org/10.17398/2695-7728.39.167>

SPECIFIC CRIMINAL PROCEDURE RULES AGAINST
CORRUPTION IN HUNGARY

*NORMAS PROCESALES PENALES ESPECÍFICAS CONTRA
LA CORRUPCIÓN EN HUNGRÍA*

HERKE CSONGOR¹

University of Pécs. Hungary

Recibido: 05/10/2023 Aceptado: 10/11/2023

ABSTRACT

In the context of corruption, one of the areas of political controversy related to criminal procedural law in Hungary in recent years has been the question of joining or not joining the European Public Prosecutor's Office, and this issue has primarily arisen in connection with the detection of corruption offenses. As a compromise, an intermediate solution was reached: from November 24 of 2022, Hungary introduced the "Procedure for major crimes related to the exercise of public authority or management of public property" as a new Chapter CV/A of Act XC of 2017 on Hungarian criminal proceedings (CPC) ("conditionality procedure"). The paper reviews the main provisions of the conditionality procedure and examines the problems associated with them. Finally, the author raises the fear that conditionality proceedings will become the scene of daily

¹ Dr. habil. HERKE Csongor DSc, professor, head of Department of Criminal and Civil Procedure Law also the Doctoral School of the Faculty of Law of the University of Pécs (Hungary). Outside of his university activities he is part-time attorney-at-law. He obtained his PhD in 2001, habilitated in 2008 and acquired the academic doctorate in 2013. He teaches criminal procedure law and forensic science and published more than two hundred of papers, comprehensive monographs, lecture notes, chapters in textbooks and lecture notes. *More information is available at <http://www.herke.hu>*

political battles rather than a real alternative to establishing criminal liability.

Keywords: criminal procedure, corruption, special criminal procedure, special forms of prosecution, monopoly of prosecution, substitute private prosecution.

RESUMEN

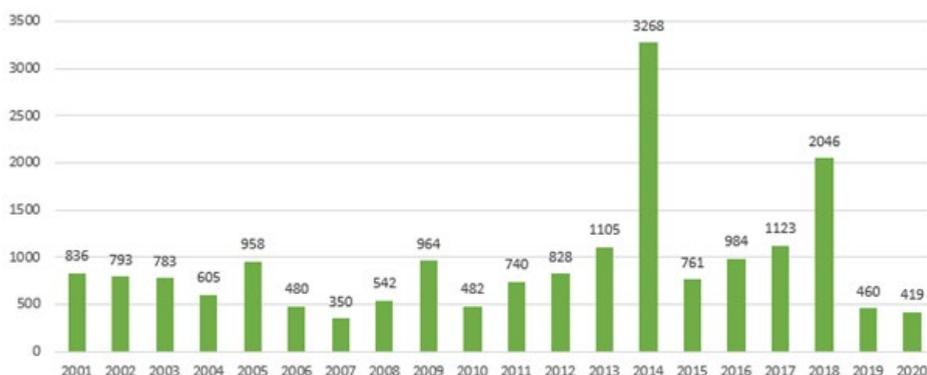
En el contexto de la corrupción, uno de los ámbitos de controversia política relacionados con el Derecho procesal penal en Hungría en los últimos años ha sido la cuestión de adherirse o no a la Fiscalía Europea, y esta cuestión ha surgido principalmente en relación con la detección de delitos de corrupción. Como solución de compromiso, se llegó a una solución intermedia: a partir del 24 de noviembre de 2022, Hungría introdujo el "Procedimiento para delitos graves relacionados con el ejercicio de la autoridad pública o la gestión de bienes públicos" como un nuevo capítulo CV/A de la Ley XC de 2017 sobre el proceso penal húngaro (CPC) ("procedimiento de condicionalidad"). El artículo repasa las principales disposiciones del procedimiento de condicionalidad y examina los problemas asociados a ellas. Por último, el autor plantea el temor de que el procedimiento de condicionalidad se convierta en el escenario de batallas políticas cotidianas en lugar de una alternativa real para establecer la responsabilidad penal.

Palabras clave: procedimiento penal, corrupción, procedimiento penal especial, formas especiales de enjuiciamiento, monopolio de la acusación, acusación particular sustitutoria.

Summary: 1. Introduction. 2. Main rules of the conditionality procedure. 3. Suggestions on the conditionality procedure. Bibliographic references.

1. INTRODUCTION

Data on the number of corruption crimes show an interesting trend in Hungary over the past 20 years²:



It is visible that the number of corruption offenses was exceptional in the two election years (2014 and 2018) compared to the average of 679.3 in the 2000s. However, the data from the last two (available) years make up about 65% of the 2000 average. Therefore, the statistical data not only do not support the opposition's "intuition", "people's opinions", and similar, unsupported assumptions about a significant increase in corruption in Hungary, but they actually show the opposite (at least in terms of criminal proceedings initiated due to corruption). However, since leading officials of the European Union (which has also been partly involved in corruption scandals since then) saw serious corruption risks in Hungary; the legislator had to do something to curb it.

In this context, one of the areas of political controversy related to criminal procedural law in Hungary in recent years has been the question of joining or not joining the European Public Prosecutor's Office,³ and this issue has primarily arisen in connection with the detection of corruption offenses. Arguments and counterarguments were lined up as to whether we should join

² Nagy Tibor (2020): *Tájékoztató a bűnözés 2020. évi adatairól*. Legfőbb Ügyészség, Budapest, 23.

³ Karsai Krisztina (2018): *A kívülmaradás lehetetlensége: az Európai Ügyészség működésének várható hatásai a kimaradó tagállamokban*, Magyar Jog (12) 670-678.

the organization like most EU member states,⁴ accepting that this would significantly limit our independence in the criminal field, as the European Public Prosecutor's Office has the right to take cases into its own jurisdiction and in such cases, national authorities cannot continue to investigate the same case, or whether we should not allow interference in criminal proceedings like the absentees (Ireland, Poland, Sweden, Denmark)⁵.

As a compromise, an intermediate solution was reached: from November 24 of 2022, Hungary introduced the so-called "conditionality procedure", which was given the concise title of "Procedure for major crimes related to the exercise of public authority or management of public property" as a new Chapter CV/A of Act XC of 2017 on criminal proceedings (CPC). The study attempts to provide an overview of this new separate procedure within narrow scope.

2. MAIN RULES OF THE CONDITIONALITY PROCEDURE

The new § 817/A. of the CPC specifies which crimes are eligible for the application of the specific rules of the conditional procedure. These primarily include corruption offenses (with the exception of certain less serious cases of bribery), most abuses of office, property crimes committed against national property or property managed by public interest foundation trustees that result in serious damage, certain offenses that harm the budget, anti-competitive agreements in procurement and concession procedures, as well as participation in a criminal organization and money laundering related to these offenses. The specific provisions must be applied in criminal proceedings initiated for major offenses related to exercising public authority or managing public property.

There are three (possible) stages of the conditionality procedure:

- (a) Lodging a motion for review,
- (b) The submission of a new motion for review,
- (c) Designation as a person authorized to represent the indictment and filing of the indictment.

⁴ Békés Ádám (2003): *Az Európai Ügyészség alapításának problémái és lehetőségei*. Európai Jog (6) 25-32.

⁵ Polt Péter (2015): *Európai Ügyész: tendenciák és lehetőségek*. Európai Jog (6) 1-6.

In the conditionality procedure, the legal representation of the holder is mandatory.

ad a) The conditionality procedure may be initiated primarily by the submission of a motion for review, in certain cases of rejection of the complaint or termination of proceedings. If no motion for review is submitted in accordance with the ordinary procedure, or if the victim or complainant does not participate in the proceedings, or if they cannot file a motion for review⁶ the Public Prosecutor's Office or the investigating authority publishes its decision or the case file within one month of the decision in accordance with Act CXII of 2011 on Informational Self-Determination and Freedom of Information. by using pseudonymisation as defined in § 3 Section 29 of the Act (anonymised decision or anonymised list of cases), on the website of the Public Prosecutor's Office or the investigating authority for central electronic information, and on the publication interface specified by decree of the Government. Publication shall include information on the conditions for filing a motion for review against the decision, the rights and obligations of the proposer, the time limit for filing the motion for overrule and the body to which the motion for review may be submitted.

Within one month of publication of the anonymised decision on the central electronic information website of the Public Prosecutor's Office or the investigating authority, any natural or non-natural person (with the exception of suspects, defence counsel, victims and whistleblowers) may submit a motion for review to the prosecutor's office or investigating authority that took the decision. The motion for review must be reasoned and the person submitting the motion for review may attach to it the data, documents and statements available to him which, in the applicant's view, are suitable for proving the fact to be proved in the case.

The prosecutor's office or investigating authority that took the decision examines the motion for review after the expiry of the deadline for submitting it and, if it considers it to be well-founded, annuls the decision and orders the investigation (if the complaint is rejected) or the continuation of the proceedings (after the termination of the proceedings). Otherwise, within three days of the expiry of the deadline for submitting a motion for review, the motion, the

⁶ With the exception of the Integrity Authority, the State and the body exercising public authority shall not be entitled to file a motion for review, even if they participate in the proceedings as complainants or victims (§ 817/C Subsession 7).

documents attached thereto and the case file shall be submitted to the Public Prosecutor's Office in the case of a decision taken by the investigating authority or to the superior prosecutor's office in the case of a decision taken by the Public Prosecutor's Office. If the motion submitted is well-founded, the prosecutor's office in the case of a decision taken by the investigating authority, or the superior prosecutor's office in the case of a decision taken by the prosecutor's office, annuls the decision and orders an investigation or order the continuation of the proceedings. Otherwise, the motion, the documents annexed thereto and the case file, together with any observations on the motion, shall be sent to the court within eight days of receipt of the motion.

The Investigating Judge of the Investigative Judge Group of the Central District Court of Buda has jurisdiction over the territory of the country. The court decides on the motion for review within one month of its arrival at the court on the basis of the case file (§ 817/E. of CPC). The court shall review the contested decision irrespective of the reasons for the motion for review, and shall therefore fully examine the case file and the data, documents and statements attached by the petitioner, which, in the applicant's view, are suitable for proving the fact to be proved in the case. If there is no impediment to the examination of the motion, the court decides by means of a non-conclusive order rejecting the motion or setting aside the contested decision. The latter shall take place if:

- the contested decision is unfounded,
- the public prosecutor's office or the investigating authority incorrectly applied the law in the contested decision, or
- the grounds of the contested decision are contrary to the operative part, and this had a material impact on the dismissal of the complaint or the termination of proceedings.

The contested decision is unfounded where

- the prosecutor's office or the investigating authority has not established any facts in the decision or has established it incompletely,
- the facts contained in the decision are wholly or partly undiscovered,
- the facts established are contrary to the content of the file, or
- the Public Prosecutor's Office or the investigating authority incorrectly inferred further facts from the facts established in the decision.

Once the contested decision has been set aside, there are two options: if the court

- has annulled the decision rejecting the complaint, the investigation will be initiated without a separate decision upon the decision,

- has annulled the decision to terminate the proceedings, the proceedings shall continue without a separate decision having been taken.

If an investigation is initiated or proceedings continue, the applicant shall continue to be entitled to submit evidence or submit observations.

ad b) If the Public Prosecutor's Office or the investigating authority terminates the proceedings conducted on the basis of the above-described motion for review, a new motion for review may be filed in the case of the grounds for termination specified in the CPC. In such cases, the public prosecutor's office or investigating authority serves it together with the anonymised list of cases

- the decision of the victim and the complainant who submitted the motion for review,

- the anonymised decision of the natural person making the motion for review.

A motion for reconsideration may only be filed by the person who previously submitted the motion for review. The person who previously filed a motion for review may file a new motion for review against the decision within one month of service of the termination decision. The submission of a new motion for review shall have suspensory effect on the provisions of the decision (with the exception of those relating to coercive measures affecting personal liberty).

A new motion for review must be submitted to the prosecutor's office or investigating authority that made the decision. The repeated motion for review must state the reasons on which it is based, and the person submitting the motion for review may attach to it the data, documents and statements at his or her disposal which, in the applicant's view, are suitable for proving the fact to be proved in the case. Within three days of the expiry of the deadline for submitting it, the public prosecutor's office or investigating authority which made the decision sends the motion and the documents attached thereto to the court, which decides on it in the procedure described earlier.

ad c) If the court determines that a motion for prosecution may be filed and a new motion for review has been filed only by the Integrity Authority, the prosecutor's office that made the contested decision or, if the contested decision was made by the investigating authority, the prosecutor's office that sent the motion for review shall publish it within five working days of service of the court's decision on the re-review motion

- the anonymized file list,
- the anonymized decision challenged by a repeated motion for review,
- the anonymized decision of the court on the (repeated) motion for review (Cp. 817/I. §).

During publication, information must be provided on the possibility of filing an indictment against the decision, on the conditions for filing the indictment, on the rights and obligations of the person authorized to represent the indictment, on the deadline for filing the indictment and on the body to which the indictment may be filed, which only the person who previously (repeatedly) motion for review is entitled⁷, unless the proceedings were conducted on the basis of an appeal by the Integrity Authority, in which case any natural or non-natural person (except the State and bodies exercising public authority) may file a motion for indictment.

The person authorized to represent the indictment must have the opportunity to inspect the case files, with the exception of the case files kept in private (§ 817/L. of CPC). The indictment may be filed within two months by the person authorized to represent the indictment with the public prosecutor's office or investigating authority that made the decision, which forwards it to the competent court within 8 days.

The court dismisses the indictment by a non-conclusive order (§ 817/N. of CPC) if:

- the person authorized to represent the indictment submitted the indictment after the deadline specified by law,
- the person authorized to represent the prosecution has no legal representative,

⁷ If there are multiple person, it depends on their agreement which one submits the indictment. If they cannot agree, the court designates the person entitled to file the indictment.

- the person submitting the indictment is not entitled to submit an indictment under the CPC,
- the act charged is not a priority offence related to the exercise of official authority or the management of public property,
- the indictment does not contain the mandatory paraphernalia (§ 817/M. Subsession 3 of CPC),
- the indictment was not filed through legal counsel.

If the indictment cannot be rejected, the court will examine within two months of the filing of the indictment whether the person designated as the accused in the indictment can be reasonably suspected of committing the offence indicted (§ 817/O. of CPC). By non-conclusive order of the court, the indictment:

- refuses if the person designated as the accused in the indictment cannot reasonably be suspected of having committed the offence charged,
- partially rejects if a person named as accused in the indictment cannot reasonably be suspected of committing an offence which is the subject of the indictment, or if the person designated as accused in the indictment cannot reasonably be suspected of committing an offence which is the subject of the indictment (§ 817/P. of CPC).

If the court partially rejects the indictment, the person authorized to represent the indictment must, within fifteen days of service of the decision, resubmit to the court the indictment containing the parts of the indictment that was rejected. If the person authorized to represent the prosecution fails to do so, the court terminates the proceedings by final order.

If the indictment cannot be dismissed, the court:

- send it immediately to the accused,
- ensure that the means of proof are available at the hearing, or
- order a coercive measure.

After service of the indictment on the accused, the participation of counsel in the proceedings is mandatory (§ 817/Q. of CPC).

The person authorized to represent the prosecution in court proceedings exercises the rights of the Public Prosecutor's Office and performs the functions

of the Public Prosecutor's Office, including requesting the imposition of a coercive measure affecting the personal liberty of the accused and the issuance of an arrest warrant. The person authorized to represent the indictment may not extend the charge but may drop it at any time without giving reasons (§ 817/R. of CPC).

The presence of the legal representative of the person authorized to represent the prosecution at the hearing is mandatory. If neither the person authorized to represent the prosecution nor his legal representative appear at the trial and he or she has not excused himself or herself immediately for good reason, in advance, or if both persons appear through no fault of their own in such a state that they are unable to fulfil their procedural obligations, and if both persons leave the procedural act without permission, the court shall terminate the proceedings by means of a final order.

The person authorized to represent the indictment cannot appeal against the court's judgment (nor does he have the right to extraordinary remedy). In the case of a defence appeal, the court submits the case file directly to the court competent to hear the appeal (§ 817/T. of CPC).

3. SUGGESTIONS ON THE CONDITIONALITY PROCEDURE

The provisions on the conditionality procedure entered into force a few months ago, so it is not yet possible to analyze their practice. However, questions of principle were already raised when the special procedure was enacted.

As a rule, the prosecution is represented in criminal proceedings (except in minor private prosecution cases) by the public prosecutor. In addition, as the Constitutional Court ruled in Decision Nr. 42/2005. (XII. 14.) AB *határozat* supplementary private prosecution is a form of correction of the prosecutorial prosecution monopoly. Its original purpose was to reduce the potential dangers arising from the monopoly to truthful criminal prosecution (perpetrators of serious crimes remain unpunished due to the lack of public prosecution for political reasons, professional mistakes or faulty deliberations), and to counteract the prosecutorial "overpower" over the prosecuting court resulting from the refusal to prosecute or the dismissal of charges.

Already after the (re)introduction of supplementary private prosecution, fundamental practical problems arose. In general, the definition of victim has been problematic (e.g. in the case of completed homicide, there is no room for

supplementary private prosecution precisely because the relatives (parents in some cases) of the victim cannot be considered "victims" for the purposes of criminal proceedings and their representative cannot act as the victim's representative⁸). The real theoretical problem was caused when László Keller, "State Secretary for Criminal Complaints", initiated a large number of supplementary private prosecution proceedings. However, the legal interpretation of both the Constitutional Court⁹ and the Curia¹⁰ was uniform in this respect (and this is now reflected in the text of the Code of Criminal Procedure¹¹): the Fundamental Law excludes any state body other than the Public Prosecutor's Office from acting as an accuser, regardless of the nature of the crime or the harm suffered by it. Therefore, we have the previous CPC¹² nor did it allow e.g. local governments to act as substitute private prosecutors in criminal cases. If, nevertheless, the court made a final final decision on the basis of such a charge, it proceeded on the basis of an accusation brought by an unentitled person, on the basis of which an extraordinary remedy was also possible.

The same applies to the conditionality procedure: the CPC states that no public body (with the exception of the Integrity Authority) may file a motion for review (§ 817/C. Subsession 7 of CPC) or the Integrity Authority (§ 817/J. Subsession 2 of CPC).

Precisely in order to dispel the doubts already raised, Parliament asked the Constitutional Court for a preliminary review of the normative text relating to the conditionality procedure, whether it does not violate Article 29 Subsession 1 of the Fundamental Law. This Article states: "The Prosecutor General and the Public Prosecutor's Office shall be independent and, as public prosecutors in the administration of justice, shall be the sole enforcers of the State's criminal claims. The Public Prosecutor's Office prosecutes crimes, takes action against other unlawful acts and omissions and helps prevent unlawful acts."

The Constitutional Court adopted a decree Nr. 28/2022. (XI. 8.) AB határozat. In its decision¹³ the Constitutional Court stated that the law adopted

⁸ EBH (Principled court decision) 2000. 293.

⁹ 42/2005. (XI. 14.) AB határozat (decision of the Constitutional Court), confirmed by Decision 3030/2020. (II. 24.) AB határozat

¹⁰ Curia decision Nr. Bfv.II.38/2021.

¹¹ CPC § 25, Subsession 1. "The Public Prosecutor's Office shall be the public prosecutor."

¹² Act XIX of 1998 on Criminal Procedure.

¹³ With parallel reasoning by Judges Ágnes Czine, Egon Dienes-Oehm and Zoltán Márki.

but not yet published in connection with the conditionality procedure does not violate the principle of monopoly on prosecutions of the prosecution set out in Article 29 Subsession 1 of the Fundamental Law. The legislature is not bound by a constitutional requirement which provides for the exclusive application of supplementary private prosecution as a correction of charges, that is to say, the legislature may apply other corrections of charges to compensate for any anomalies arising from the prosecution monopoly. Therefore, according to the Constitutional Court, if the prosecutor's office takes the view that there is no room for the enforcement of state criminal claims, and if, in such a case, the legislator nevertheless grants another entity (not exercising public authority) the opportunity to take action before the court, the requirement of the prosecution monopoly set out in the Fundamental Law is not violated. The action of that entity serves the objective referred to above through the enforcement of Article 38 of the Fundamental Law in order to step up the fight against specific criminal offences and the unlawful treatment of public funds.

It is another matter that we have to broadly agree with the dissenting opinion of Constitutional Court judge Zoltán Márki that the relevant judgment of the CJEU of 16 February of 2022 in case C-156/21, EU:C:2022:97 of Hungary v European Parliament and the Council of the European Union expressed an expectation on several points regarding measures that can be taken under the General System of Conditionality for the Protection of the Union Budget, that it must relate exclusively to the implementation of the Union budget, i.e. there must be a genuine link between the financial interests of the Union and the serious risk thereof.

Personally (based on my experience with private criminal complaints), I am somewhat skeptical about how much the new legal institution will fulfill its intended purpose. If the prosecutor's office, which has a high level of professional training and experience (and investigative background), considers that the evidence in a given case is not sufficient to bring charges, it is difficult to imagine that a natural person who is not so lay but not so lay but does not know the prosecution and investigative structure behind him) can adequately prove the guilt of the accused before the court. And although convictions are sometimes handed down in supplementary private prosecutions, acquittals are much more common, and there is also a fear that conditionality proceedings will become the scene of daily political battles rather than a real alternative to establishing criminal liability.

BIBLIOGRAPHIC REFERENCES

- Békés Ádám: *Az Európai Ügyészség alapításának problémái és lehetőségei*. Európai Jog 2003/6. pp. 25-32.
- Karsai Krisztina: *A kívülmaradás lehetetlensége: az Európai Ügyészség működésének várható hatásai a kimaradó tagállamokban*, Magyar Jog 2018/12. pp. 670-678.
- Nagy Tibor: *Tájékoztató a bűnözés 2020. évi adatairól*. Legfőbb Ügyészség, Budapest, 2020.
- Polt Péter: *Európai Ügyész: tendenciák és lehetőségek*. Európai Jog 2015/6. pp. 1-6.

HÁBIL HERKE CSONGOR
Head of Department of Criminal and Civil Procedure Law
Faculty of Law
University of Pécs
herke.csongor@ajk.pte.hu
Orcid: 0000-0002-5106-339X



PROSTITUIÇÃO: EXERCÍCIO DA LIBERDADE SEXUAL OU
COISIFICAÇÃO DAS MULHERES, A PRETEXTO DO AC. DO
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 218/2023

*PROSTITUTION: EXERCISE OF SEXUAL FREEDOM OR
OBJECTIFICATION OF WOMEN, ON THE PRETEXT OF AC.
OF THE CONSTITUTIONAL COURT N.º 218/2023*

HUGO DANIEL DA CUNHA LANÇA SILVA¹

Instituto Politécnico de Beja. Portugal

Recibido: 29/10/2023 Aceptado: 20/11/2023

RESUMO

Neste pequeno estudo esboçamos uma análise crítica ao Ac. do Tribunal Constitucional n.º 218/2023, que declarou inconstitucional a norma incriminatória constante do artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal, por violação dos artigos 18.º, n.º 2², e 27.º, n.º 1³, da Constituição da República Portuguesa, conjugadamente. Refira-se que a decisão do Tribunal Constitucional, em sentido contrário às posições mais recentes, se traduz na descriminalização do crime de lenocínio.

Palavra-Chave: Prostituição; Lenocínio; Constitucionalidade.

¹ Professor -Adjunto no Instituto Politécnico de Beja e Professor Auxiliar convidado no ISMAT e Investigador Doutorado Integrado no CEAD.

² Que dispõe: *a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.*

³ Que estatui: todos têm direito à liberdade e à segurança.

ABSTRACT

In this study we outline a critical analysis of Ac. of the Constitutional Court n.^a 218/2023, which declared unconstitutional the incriminating norm contained in article 169.^o, of the Penal Code, for violation of articles 18.^a, n.^o 2, and 27.^o n 1, of the Constitution of the Portuguese Republic, in conjunction. It should be noted that the decision of the Constitutional Court, contrary to the most recent positions, translates into the decriminalization of the crime of pandering.

Keywords: Prostitution; Pandering; Constitutionality.

Sumario: 1. Introdução. 2. A epistemologia da prostituição. 3. O tipo legal de lenocínio: análise sumária. 4. O Ac. do Tribunal Constitucional n.^o 218/2023. 5. Conclusão. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A surpreendente decisão do Tribunal Constitucional provocou profunda celeuma entre o pensamento feminista. Neste sentido, são paradigmáticas as assertivas palavras de Maria João Marques, em artigo de opinião assinado no jornal *Público*, intitulado “o Tribunal Constitucional quer mais exploração sexual de mulheres?⁴”. Num texto apaixonado, a Investigadora considera que o “patriarcado é como o diabo: aproveita todas as oportunidades para espalhar os seus tentáculos” e que existe uma nova tendência “atacar os direitos das mulheres em nome do progressismo, da inclusão, enfim, da modernidade [...] em nome desse grande valor progressista que é a liberdade e a libertação do puritanismo judaico-cristão”⁵.

Consequentemente, segundo a Autora, “que seja constitucional que um terceiro ganhe dinheiro com esta atividade degradante para as mulheres significa que a Constituição, apesar da prosápia sobre igualdade, considera que

⁴ Disponível: <https://www.publico.pt/2023/05/10/opiniao/opiniao/tribunal-constitucional-quer-exploracao-sexual-mulheres-2049068> [consultado a 9 de maio de 23].

⁵ *Ibidem*.

as mulheres, afinal, são objetos para satisfação sexual dos homens. Ou os intérpretes da Constituição estão numa senda misógina de ataque à dignidade das mulheres ou a Constituição afinal não presta e não defende a dignidade humana em se tratando da parte humana feminina”, porque, ainda nas suas palavras, “os orgasmos masculinos valem mais do que a vida das mulheres”.

Dessarte, mesmo entre o pensamento feminista, digladiam-se duas teses: se a prostituição é uma forma intolerável de exploração sexual das mulheres que deve ser perseguida com o chicote do *ius imperii* ou, em diferente sentido, como advoga o feminismo liberal, se estamos perante um trabalho de cariz sexual⁶ cuja não regulação discrimina e estereotipa estas profissionais condenando-as a viver no *bas-fond* da sociedade, retirando-lhes a dignidade e empurrando-as para dos traficantes de pessoas humanas e dos exploradores sexuais.

2. A EPISTEMOLOGIA DA PROSTITUIÇÃO

Pelo exposto, entendemos ser pertinente iniciar a nossa análise crítica procurando densificar o conceito de prostituição. Com *data venia*, cometemos a blasfémia académica de recorrer a *Wikipédia*⁷ no ensejo de encontrar uma definição de prostituição. *Brevitatis causa*⁸, segunda esta enciclopédia, por prostituição devemos entender a troca consciente [e explícita⁹] de favores

⁶ Foi nesse sentido que um grupo de cidadãos fez uma petição à Assembleia da República pugnando pela legalização da prostituição e/ou despenalização do lenocínio, desde que este não seja por coação, *cfm.* <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetallePeticao.aspx?BID=13385> [consult. 10 de maio].

⁷ Para exculpação, refira-se a existência de múltiplos estudos que afixam que a fiabilidade da *Wikipedia* é quase equivalente à Enciclopédia Britânica, com a diferença que naquela os erros podem ser rapidamente solucionados (conforme TAPSCOTT, Don e WILLIAMS, Anthony D. *Wikinomics: A Nova Economia das Multidões Inteligentes*. Matosinhos: Quidnovi, 2008, p. iii). Sobre o tema, trazendo à colação estudos que contrastam com lugares-comuns, *vide* PALFREY, John e GASSEER. Urs. *Born Digital: Understanding the First Generation of Digital Natives*. New York: Basic Books, 2008, pp. 118 e ss. Não obstante, se o leitor preferir uma definição doutrinal, “o vocábulo “prostituição” tem sua origem no verbo prostituir, cuja raiz vem do latim prostituere, que significava expor publicamente, por à venda, entregar à devassidão. A prostituição consiste no exercício habitual do comércio do próprio corpo para a satisfação sexual de número indeterminado de pessoas. A prostituição é sempre sexo consentido, sendo as suas características principais: a habitualidade, a voluntariedade e a venalidade. Nesse sentido, a prestação coercitiva de serviços sexuais não configura prostituição, posto que nesse caso a vítima não tem capacidade de eleição ou sequer de negociar o preço da sua prestação” (CARDOSO, João Pedro. O dever de dignidade da pessoa humana. A inconstitucionalidade do crime de lenocínio. *Data Venia*, n.º 11 (2020), p. 207).

⁸ Porque nos faltam caracteres para problematizar, optámos por uma definição simplicista; mas, não ignoramos, que densificar o conceito de prostituição é um trabalho *de Sisifo*.

⁹ Porque, efetivamente, a realidade demonstra-nos que inúmeras vezes o comércio sexual surge dissimulado em relações estáveis como o concubinato, ou mesmo contratuais (ou sagradas) como o

sexuais por dinheiro¹⁰. Mas, como nos ensinou Holmes “precisamos de maior educação no respeitante às coisas óbvias do que relativamente às obscuras”¹¹, e, *in casu*, a gnoseologia do conceito de prostituição suscita intrincadas questões, mormente indagar se, conjuntamente com a troca explícita de favores sexuais, realidades como as casas de *strip-tease*, as atrizes de filmes pornográficos¹², as massagistas eróticas, as mulheres que labutam em bares de alterne, as mulheres que se sujeitam a ser concubinas (ou mesmo esposas) de homens com capacidade económica para as sustentar, a alegada prostituição corporativa, são subsumíveis ao conceito de prostituição.

Sem cair na falácia de a qualificar como a mais antiga profissão do mundo¹³, recordamos os indícios históricos que afixam a existência de prostituição nos palácios da Babilónia, as dançarinas nas tabernas do Antigo Egipto e as “casas públicas” na Grécia Clássica¹⁴. Como, na Antiguidade Clássica (Babilónia, Síria, Fenícia, Malta, Egipto, Chipre, *inter alia*), proliferam exemplos de “prostituição sagrada”¹⁵, exercida por sacerdotisas que, em troca de favores sexuais, eram recompensadas com presentes e honras de verdadeiras divindades. Nesse sentido, convocamos o Código de Hámurabi (sec. XVIII A.C) que regulamentava o exercício da prostituição sagrada: “o serviço da deusa da fecundidade obrigava cada mulher, pelo menos uma vez na sua vida, a ser possuída, por um estranho, perto do bosque de Istar”¹⁶.

Mas a referência não nos deve fazer desviar o caleidoscópio e escamotear que a prostituição é pagã e profana, e que lhe subjaz a exploração económica da fragilidade humana para satisfação erótica de quem tem condições económicas para pagar pelo usufruto do corpo de um terceiro. Dessarte, se nos fascinam as biografias de *Madame de Pompadour*, de *Mata Hari*, de *Teodora de Bizâncio* [ou Maria Madalena], as pinturas que *Manet* fez de *Victorine Meurent*, importa não nos deslumbrarmos com as exceções e reconhecer que, historicamente, a prostituição sempre se alimentou da miséria, das debilidades, da infelicidade

casamento.

¹⁰ <https://pt.wikipedia.org/wiki/Prostituição>.

¹¹ *Apud* CUNHA, Paulo Ferreira da. *Direito Constitucional Geral*. Lisboa: Quid Juris, 2006, p. 43.

¹² Sobre a pornografia como ameaça às mulheres, *vide* MaCKINNON, Catharine. *Only Words*. Third Printing, Massachusetts: Harvard University Press, 1996, *passim*.

¹³ O que seria inequivocamente uma hipérbole, porquanto de uma perspectiva histórica as primeiras referências a atividades profissionais são a caça e a agricultura.

¹⁴ Conforme, PACHECO, José. *O tempo e o sexo*. Lisboa: Livros Horizonte, 1998, p. 152.

¹⁵ Furtámos a expressão a WALTON, John, MATTHEW e CHAVALLAS, Mark. *The IVP Bible Background Commentary: Old Testament*. Downer Grove: InterVarsity Press, 2000 p. 197.

¹⁶ PACHECO, José. *O tempo e o sexo*. Lisboa: Livros Horizonte, 1998, p. 151, em diálogo com HESSE.

moral, da subjugação da mulher, constringendo um ser humano a deixar-se usar sexualmente para satisfação da concupiscência de outro, com condições económicas para pagar por serviços libidinosos, numa intolerável objetivação da mulher, que, por ser um meio, perde a dignidade advogada por Kant.

Para não escorregarmos em pré-conceitos e preconceitos, e deixarmos-nos cair em lugares-comuns, é interessante procurarmos identificar uma taxonomia da prostituição, porque as árvores, por mais belas que sejam, nunca nos devem fazer escamotear a floresta.

Para tanto, recorremos a uma clássica classificação da civilização helénica, que divide o poliédrico da prostituição feminina em quatro diferentes tipologias.

– Hetaíras – mulheres belas, inteligentes e cultas que, para além de proporcionarem prazeres eróticos, procuram agradar culturalmente aos seus clientes, invariavelmente de classes superiores;

– Músicas e dançarias – tinham por função animar festas e satisfazer sexualmente os convidados;

– Filhas da alegria – que exerciam a prostituição na sua própria casa, na residência do cliente ou em bordéis;

– Sacerdotisas do tempo – que exerciam a prostituição sagrada.

Se procurarmos o anacronismo de uma interpretação atualística, num exercício metafórico, podemos encontrar nesta tipologia os caracteres da prostituição atual; assim, as *filhas da alegria* coevas podem ser encontradas nos atuais bordéis ou nos classificados dos jornais e da internet, que recebem em casa ou deslocam-se ao encontro dos clientes, as *músicas e dançarinas* que encontramos-las nos bares de alterne, casas de *strip-tease* ou locais de massagens eróticas e as hetaíras que hodiernamente denominamos de prostituição de luxo.

Esta taxonomia da prostituição é útil para compreendermos que são dispares as tipologias da prostituição e heterólogas as motivações para o seu exercício. Assim, como deixámos escrito, se é insofismável que a prostituição está impregnada de desigualdade de género, porquanto a maioria dos clientes são do sexo masculino e a larga maioria das prostitutas são do sexo feminino¹⁷,

¹⁷ O que deixamos escrito não pretende escamotear a existência de prostituição masculina, homossexual e heterossexual, a prostituição de transexuais, travestis, *inter alia*, que também deve ser mesurada e extravasa as questões de género.

que desde tempos imemoriais a prostituição é filha da miséria moral e económica, parece-nos igualmente insofismável que, mais do que uma genética sexual, a prostituição relaciona-se com as desigualdades económicas¹⁸, um verdadeiro neocolonialismo, que se traduz numa manifestação de poder¹⁹. Com efeito, se todos concordamos que durante séculos o homem explorou sexualmente a mulher a troco de pouco dinheiro, a paridade de sexos, a libertação feminina, a entrada das mulheres no mundo de trabalho e a sua emancipação económica fez surgir uma prostituição que agora também se escreve no masculino e, em países com a República Dominicana (*inter alia*), as prostitutas que surgiram com a dinamização do turismo cruzam-se nas praias caribenhas com os *beach boys*²⁰, disponíveis para satisfazer sexualmente mulheres com condições económicas para pagar pelo prazer²¹ [embora, sempre se pode alegar, que estas mulheres recorrem a prostitutas porque também elas são vítimas do patriarcado e mimetizam comportamentos misóginos, pelo que, nas palavras de Sophia, são *mulheres que vivem na cidade do homem*].

Por outro lado, cumulativamente com a prostituição que se alimenta da miséria, aumentam o número de mulheres que se libertaram da censura vitoriana²² e escolhem, livre e conscientemente, dedicar-se à prostituição, o *trunfo contra a maioria* de que fala Jorge Reis Novais²³. Pelo que, reiteramos o verbo, por abjeto que seja para algum pensamento feminista mais radical; dessarte, a prostituição é uma atividade bem remunerada e num tempo de hedonismo²⁴, muitas mulheres escolhem dedicar-se à prostituição em

¹⁸ Como nós, Rodrigo Henriques afirma sustenta que “o suporte bibliográfico ao tema confirma que os indivíduos que procuram atividades sexuais são provenientes de países desenvolvidos e têm o poder económico para concretizar fantasias, atos sexuais em países subdesenvolvidos, cuja sociedade, por fragilidades económicas e financeiras” (HENRIQUES, Rodrigo. Turismo sexual em Portugal e no mundo. *A Pátria*. Março 22, disponível em: <https://apatria.org/sociedade/turismo-sexual-em-portugal-e-no-mundo/>).

¹⁹ Convocamos, neste contexto, as reflexões de FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I: a vontade de saber*. I. Lisboa: Relógio D'Água, 1994, passim.

²⁰ Conforme, HENRIQUES, Rodrigo. Turismo sexual em Portugal e no mundo. *A Pátria*. Março 22, disponível em: <https://apatria.org/sociedade/turismo-sexual-em-portugal-e-no-mundo/>.

²¹ Não deixa ser curioso que, referindo-se a esta tipologia, se proponha cunhá-la como turismo de romance; assim, PRITCHARD, Annette. Género e sexualidade na investigação turística. In: HALL, Collin Michael [et al.] (Orgs.). *Compêndio de Turismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 2004, p. 359.

²² Sobre o tema, vide FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade. Vol I – Vontade de saber*. 13.ª Ed. Rio de Janeiro: GRAAL, 1988, pp. 9 e ss.

²³ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

²⁴ O facto não é ignorado pela Resolução do Parlamento Europeu, de 26.02.2014, sobre a exploração sexual e a prostituição e o seu impacto na igualdade dos géneros, que “chama a atenção para o fenómeno do «grooming», que consiste na prostituição de raparigas menores de idade ou de raparigas que acabaram de atingir a maioridade, em troca de bens de luxo ou de pequenas quantias de dinheiro para cobrir as despesas quotidianas ou relacionadas com a educação”.

detrimento de outras ocupações profissionais muito menos rentáveis²⁵.

Obviamente que, quem discorda das nossas palavras, irá atacar o verbo e alegar que não estamos perante uma verdadeira escolha, antes uma inevitabilidade, o único meio de obter os meios necessários que permitem à mulher viver com algum conforto económico, pelo que, legitimar a prostituição seria mais uma manifestação do “carácter masculino do direito”²⁶. Mas, sem divagar entre deterministas e libertistas, recordamos que para muitos milhares de nós a profissão que “escolhemos” não foi o nosso sonho de infância, mas, aquela que a vida nos permitiu. Porque, apesar da genialidade das palavras de José Saramago, *nem sempre chegamos onde nos esperam* ou, se nos é permitido deturpar o pensamento do nobel português, *nem sempre onde nos esperam é onde sonhámos chegar*.

De regresso à nossa rota, quando a lente do jurista se debruça sobre a querela da prostituição, a primeira questão que suscita a sua inquietação é aquilatar os argumentos, favoráveis e desfavoráveis, à sua legalização. A narrativa da legalização da prostituição escreveu-se no passado com o seu anacrónico valor civilizacional, que permitiria manter imaculadas as mulheres de bem²⁷, e a iniciação sexual dos adolescentes²⁸, sendo que hoje exprime-se com o axioma *my body, my choice*, que, ao abrigo do primado da liberdade individual, do livre desenvolvimento da personalidade, da autonomia sexual e do consentimento [como se o consentimento possa converter-se numa “palavra mágica, que sacraliza tudo”²⁹], pretende equiparar a prostituição a outra qualquer atividade laboral que permite obter meios de sobrevivência, que prostituir-se ou não está dependente da liberdade da vontade da pessoa que se prostitui e sublima-se o facto de a regulamentação proteger estas mulheres das

²⁵ E negar esta escolha seria tornar proscrito a “liberdade de escolher um caminho minoritário, ou seja, numa própria negação da liberdade e [...] cada um de nós tem o direito, em nome da sua autonomia ética, de escolher entre uma vida saudável e desregrada, entre uma vida de trabalho e ociosa e até entre a vida e a morte, desde que, em todos os casos, não provoque danos a outras pessoas” (LEITE, Inês Ferreira. A Tutela Penal da Liberdade Sexual. *Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais*, p. 16, em diálogo com Rui Pereira).

²⁶ BELEZA, Maria Pizarro. *Mulheres, Direito e Crime ou a Perplexidade de Cassandra*. Lisboa: AAFDL, 1993, p. 385.

²⁷ Neste sentido, Santo Agostinho que, tendo por premissa as suas experiências pessoais, defendia a prostituição feminina, exaltado que a sua proibição poderia levar os homens a procurar satisfazer os seus prazeres libidinosos com mulheres casadas ou colocando em causa a virgindade de meninas de boas famílias.

²⁸ Recordamos sempre que Erasmo, nos seus diálogos, aconselhou o seu discípulo na escolha de uma boa prostituta.

²⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. A Lei n.º 32/06, sobre Procriação Medicamente Assistida. *ROA*. Lisboa. a.67, n. 3, p. 978.

redes de exploração sexual e das sevícias dos proxenetas, aumentando a sua segurança³⁰ e saúde, que a prostituição “pode ser compreendida como uma ferramenta de subversão frente à ordem sexista imposta à sociedade”³¹, bem como, o paupérrimo argumento de que a sua consagração legal permitiria o pagamento de impostos.

Por seu turno, os detratores da legalização alegam que as mulheres não se prostituem, são prostituídas, que legalizar a prostituição é legitimar a exploração sexual, a objetivação (coisificação) da mulher e a mercantilização do seu corpo e, ainda, que o alegado consentimento é aparente porquanto é extorquido pela miséria e pela necessidade. Os críticos alegam ainda que regulamentar a prostituição vai incrementar a indústria milionária do tráfico de mulheres que vão continuar a ser subjugadas e exploradas, coagindo-as a prostituírem-se para aumentar os seus rendimentos.

3. O TIPO LEGAL DE LENOCÍNIO: ANÁLISE SUMÁRIA

O quadro legislativo português, tendo por premissa as teses abolicionistas³², não criminaliza a prostituição de adultos, mas, através do tipo penal de lenocínio, pune quem beneficia economicamente da prostituição alheia. Dessarte, sendo prostituição livre na medida em que qualquer pessoa pode dispor da sua

³⁰ Já não conseguimos subscrever que uma prostituição organizada e constituída dentro dos padrões profissionais necessários, representaria uma segurança adicional ao turista interessado, como sustenta CAMARGO, Luiz. Hospitalidade, turismo e lazer. *Revista Brasileira de Pesquisa Em Turismo*, 13(3) 2019, p. 12. Dessarte, o barómetro da nossa preocupação é a mulher explorada, não o turista imprudente.

³¹ ZICKWOLFF, Erick. *Repensado o conceito de turismo sexual: para além da exploração sexual, do tráfico de pessoas e da prostituição feminina*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2017. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/6650/Erick%20da%20Cunha%20Coelho%20Zickwolff%20Dissertação.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 66.

³² Quando realizamos uma diáspora pelo direito comparado, mormente de como a prostituição é interpretada pelos Estados, num esquema perfunctório, contrapõe-se as visões proibicionista, que proíbem a prática e punem todos os intervenientes (prostitutas, clientes e proxenetas), as regulamentaristas ou liberais que, como decorre da nomenclatura, permite e regula o seu exercício, profusamente criticadas no Ac. do TC 178/2018, disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180178.html> [consult. 6 de maio de 23]. Refira-se que, em Portugal, foi, grosso modo, este o modelo que se verificou entre 1853 e 1962, sendo o arquétipo dos Países Baixos.

No que concerne ao modelo abolicionista encontra-se no limbo entre a legalização e a proibição, tolera a prostituição, mas pune quem beneficia economicamente da prostituição de terceiros. Refira-se o surgimento de um neoabolicionismo que, por encarar o fenómeno da prostituição como a instrumentalização das mulheres interpretadas como vítimas do patriarcado, apenas criminaliza os clientes, como são exemplos os países nórdicos: Suécia, Noruega Islândia, bem como a França, sendo que, este é o modelo recomendado pela Resolução do Parlamento Europeu, de 26.02.2014, sobre a exploração sexual e a prostituição e o seu impacto na igualdade dos géneros.

sexualidade como lhe aprouver, mormente cobrando por interações sexuais, entende-se que não deve ser isento de censura penal o facto de terceiros fomentarem, favorecerem ou facilitarem o exercício por outra pessoa de prostituição³³, mormente aqueles que beneficiam economicamente da prostituição de terceiros. Com efeito, é insofismável que no crime de lenocínio existe um aproveitamento económico por terceiros da pessoa que se dedica à prostituição e, na opinião dos sequazes do tipo legal, um ordenamento jurídico que tem como paradigma a dignidade da pessoa humana³⁴ não poderá deixar de perseguir criminalmente uma pessoa que beneficia economicamente da exploração sexual de outra. Consequentemente, o artigo 169.º do Código Penal Português, na sua versão coeva, dispõe que *quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição é punido com pena de prisão de seis meses a cinco anos.*

Refira-se que a punição é agravada se o agente cometer o ilícito *a) por meio de violência ou ameaça grave; b) através de ardil ou manobra fraudulenta; c) com abuso de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho; ou d) aproveitando-se de incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima.*

Recorde-se que, na sua versão originária³⁵, a norma incriminadora era mais restritiva, porquanto estabelecia que *quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição ou a prática de actos sexuais de relevo, explorando situações de abandono ou de necessidade económica, seria punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos, não sendo imune à ratio legis da alteração legislativa as*

³³ Fomentar significa, “incentivar a prática, quando ainda não existe, agravá-la, agravá-la, se já existe, ou mantê-la (evitar que enfraqueça ou termine quando ainda está em curso, conforme LEAL-HENRIQUES, Manuel e SANTOS, Manuel Simas. *Código Penal Anotado*. 3.ª Ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2000, p. 427). Por seu turno, favorecer significa apoiar, incentivar à manutenção ou ao desenvolvimento da prostituição; facilitar conjectura um auxílio material, ou seja, o agente que facilita ou fornece meios para a prática dos atos em causa.

³⁴ Sobre os perigos de substituir a tutela da liberdade sexual pela proteção da dignidade da pessoa humana na incriminação do lenocínio Inês Ferreira Leite considera que “não irá conferir uma maior protecção aos que se envolvem, de algum modo, na prostituição. Pelo contrário, tratar de modo igual – ou muito semelhante – situações em que a liberdade sexual é coarctada e situações em que a liberdade sexual é exercida apenas promove a dessensibilização social para a criminalidade associada ao chamado “negócio da prostituição” (LEITE, Inês Ferreira. *A Tutela Penal da Liberdade Sexual. Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais*, p. 7).

³⁵ Se escalpelizarmos mais profundamente a génese do tipo criminal, compreendemos eu no Código Penal de 1852 o crime de lenocínio era punido no âmbito dos crimes contra as pessoas, sob a designação de crimes contra a honestidade.

dificuldades probatórias relacionadas com a necessidade de provar a existência de exploração³⁶. Refira-se que, ao eliminar a exigência de o agente *explorar situações de abandono ou de necessidade económica*, surgiu uma neocriminalização, na medida em que agora se pune o que não era punido no passado, gerando-se uma ambiguidade sobre qual o bem jurídico protegido, mormente se ainda estamos perante a tutela da liberdade sexual³⁷.

Com efeito, uma singela análise perfunctória permite inferir que, se em 1995, o tipo penal apenas estava preenchido quando o agente explorava *situações de abandono ou de necessidade económica*, na redação atual, a tipicidade apenas exige que o agente fomente, favoreça ou facilite o exercício da prostituição³⁸, com intenção lucrativa, sendo irrelevante o aproveitamento da vulnerabilidade da pessoa que se prostitui³⁹.

Ciente da querela e inobstante a revisão do tipo legal, o Tribunal Constitucional tem considerado que “o facto de a disposição legal não exigir, expressamente, como elemento do tipo uma concreta relação de exploração não significa que a prevenção desta não seja a motivação fundamental da incriminação a partir do qual o aproveitamento económico da prostituição de quem fomente, favoreça ou facilite a mesma exprima, tipicamente, um modo

³⁶ Nesse sentido pronunciou-se o então Ministro da Justiça, Vera Jardim, tendo invocado como argumento para a alteração legislativa o facto de, a manter-se o elemento “exploração”, não seria possível “culpar, nem criminalizar, nem prender ninguém, porque essa circunstância nunca se prova” (conforme, LINHARES, José Ricardo. *O Crime de Lenocínio: Reflexão Crítica sobre o artigo 169.º, n.º 1 do Código Penal*. Dissertação de Mestrado. Universidade Católica do Porto, p. 16). Em sentido semelhante, ROCHA, Catarina. *O crime de lenocínio e a exploração da prostituição: a descriminalização do crime de lenocínio simples*. Tese de Mestrado. Porto: Faculdade de Direito da Universidade Católica, p. 20.

³⁷ Assim, LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado. *Crimes Sexuais - Análise Substantiva e Processual*. Coimbra, Coimbra Editora, 2015, p. 105.

³⁸ A revisão legal suscitou controvérsia doutrinal, alegando-se que “tendo o legislador ordinário eliminado a exigência de que o favorecimento da prostituição se ligasse à “exploração de situações de abandono ou de necessidade económica”, eliminou a referência do comportamento ao bem jurídico da liberdade e da autodeterminação sexual e tornou-se infiel ao princípio do direito penal do bem jurídico” (DIAS, Figueiredo. O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional implícito (à luz da jurisprudência constitucional portuguesa). *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, a.145 n.3998 (maio-jun. 2016), pp. 250-266).

³⁹ Mesmo autores que não se pronunciam pela não inconstitucionalidade, fazem uma interpretação restritiva do tipo legal, de modo a considerá-lo apenas aplicável a situações em que exista exploração da vulnerabilidade de quem se prostitui; assim, *inter alia*, LEITE, Inês Ferreira. A Tutela Penal da Liberdade Sexual. *Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais*, p. 32, para quem, “mais importante do que construir o bem jurídico tutelado em torno de uma interpretação acrítica do tipo penal, será reconstruir o tipo penal em função de uma interpretação valorativa da incriminação, tendo como farol a verificação da lesão ou da colocação em perigo da liberdade sexual”.

social de exploração de uma situação de carência e desproteção social”⁴⁰. Ainda mais exigente, alguma doutrina propõe uma “interpretação constitucional restritiva”⁴¹, pugnado que continua a ser necessário alegar e provar a exploração de situações de abandono ou de necessidade económica.

O que não subscrevemos, porquanto nos parece insofismável que com a revisão da norma penal o legislador pretendeu alargar o âmbito de incriminação, *ab initio*, suscitaram-se dúvidas sobre a conformidade constitucional da norma e, logo em 2004 o Tribunal Constitucional foi convidado a pronunciar-se sobre o tema tendo, no Acórdão n.º 144/2004, decidindo “não julgar inconstitucional, por violação dos artigos 41º, n.º 1, 47º, n.º 1 e 18º, n.º 2, da Constituição, a norma constante do artigo 170º, n.º 1, do Código Penal, negando, conseqüentemente, provimento ao recurso”⁴², sendo que, este foi o entendimento recorrente nas múltiplas vezes que foi instado a pronunciar-se sobre a conformidade do tipo penal com o texto constitucional.

4. O AC. DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 218/2023

Pelo exposto, como supra afirmámos, a decisão do Tribunal Constitucional foi surpreendente, até porque a estabilidade jurisprudencial tem sido um primado caro aos magistrados. Dessarte, nas múltiplas ocasiões em que a constitucionalidade do crime de lenocínio foi suscitada, o Tribunal Constitucional, ainda que por diferentes e nem sempre conciliáveis caminhos, reiterou o entendimento da conformidade do tipo penal com a norma fundamental, conforme, *inter alia*, os Acórdãos n.º 303/2004⁴³, 170/2006⁴⁴,

⁴⁰ Ac. do Tribunal Constitucional n.º 218/2023. Em sentido semelhante, ainda em 2004, o TC já havia afirmado que não obstante a alteração legislativa a criminalização procura obstar “o risco de tais situações de exploração, risco considerado elevado e não aceitável, e é justificada pela prevenção dessas situações, concluindo-se pelos estudos empíricos que tal risco é elevado e existe, efectivamente, no nosso país, na medida em que as situações de prostituição estão associadas a carências sociais elevadas” (Ac. 144/2004, do Tribunal Constitucional, disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040144.html> [consult. 15 de maio de 23]).

⁴¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Anotação ao artigo 169.º. In: *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.ª Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 673.

⁴² Acórdão n.º 144/2004 do Tribunal Constitucional, disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040144.html> [consult. 5 de maio de 23].

⁴³ <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040303.html> [consult. 5 de maio de 23].

⁴⁴ <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060170.html> [consult. 5 de maio de 23].

522/2007⁴⁵, 141/2010⁴⁶, 559/2011⁴⁷, 203/2012⁴⁸, 641/2016⁴⁹, 421/2017⁵⁰, 90/2018⁵¹, 178/2018⁵² e o Ac. 134/2020⁵³.

Sendo certo que o Ac. n.º 134/2020 veio julgar inconstitucional a norma incriminatória constante do artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal, por violação dos artigos 18.º, n.º 2, e 27.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, após recurso interposto pelo Ministério Público, o Plenário do Tribunal Constitucional, através do Acórdão n.º 72/2021⁵⁴, decidiu não julgar inconstitucional a norma incriminatória constante do artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal, recuperando a paz jurisprudencial sobre a querela.

Em defesa da criminalização do lenocínio e da sua conformidade com a lei fundamental alega-se que a punição está alicerçada “inevitavelmente [n]uma perspetiva fundamentada na História, na Cultura e nas análises sobre a Sociedade segundo a qual as situações de prostituição relativamente às quais existe um aproveitamento económico por terceiros são situações cujo significado é o da exploração da pessoa prostituída”⁵⁵ e que “ainda que se entenda que a prostituição possa ser, num certo sentido, uma expressão da livre disponibilidade da sexualidade individual, o certo é que o aproveitamento económico por terceiros não deixa de poder exprimir já uma interferência, que comporta riscos intoleráveis”⁵⁶.

Mais. Como se refere no Ac. n.º 178/2018, cuja relatora é Maria Clara Sottomayor, “cerca de 75% a 90% das mulheres prostituídas foram vítimas de agressões físicas ou abuso sexual na infância, no seio da sua própria família e a maioria das pessoas prostituídas, de ambos os sexos, foi iniciada na prostituição por terceiros quando era menor de idade, havendo prova empírica suficiente de que a vitimação por abuso sexual na infância ou na adolescência contribuiu, de

⁴⁵ <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070522.html> [consult. 5 de maio de 23].

⁴⁶ <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100141.html> [consult. 5 de maio de 23].

⁴⁷ <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110559.html> [consult. 6 de maio de 23].

⁴⁸ <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120203.html> [consult. 6 de maio de 23].

⁴⁹ <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160641.html> [consult. 6 de maio de 23].

⁵⁰ <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20170421.html> [consult. 6 de maio de 23].

⁵¹ <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180090.html> [consult. 6 de maio de 23].

⁵² <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180178.html> [consult. 6 de maio de 23].

⁵³ <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200134.html> [consult. 8 de maio de 23].

⁵⁴ <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210072.html> [consult. 8 de maio de 23].

⁵⁵ No que concerne à fundamentação, trazemos os argumentos exprimidos no Ac. do Tribunal Constitucional n.º 218/2023.

⁵⁶ No sentido que apenas nestes casos se justifica a incriminação, pronuncia-se RODRIGUES, Anabela Miranda. Comentário ao art. 170.º do Código Penal. *Comentário Conimbricense do Código Penal*, I. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 521.

forma significativa, para a sua entrada na prostituição”⁵⁷. A Conselheira refere ainda que “aproximadamente 90% das mulheres inquiridas indicou que gostava de deixar a prostituição mas que tinha medo de ser rejeitada e de não ter emprego [...] 62% das mulheres na prostituição relataram terem sido vítimas de violação e 68% apresentam sintomas de stress pós-traumático tal como as vítimas de tortura⁵⁸ (...), sendo consensual entre os estudos feitos o elevado risco de violência e de morte das mulheres prostituídas (...)”⁵⁹.

Acresce que o “fenómeno da prostituição, nas últimas décadas, passou a estar ligado ao tráfico de mulheres e de meninas para exploração sexual, um dos negócios mais rentáveis do mundo e que criou a chamada “escravatura dos tempos modernos”, sendo a linha de fronteira entre serviços sexuais prestados com consentimento e prostituição forçada ténue e muito difícil de provar. A prostituição é hoje considerada uma forma de violência contra as mulheres integrada no conceito de violência de género ⁶⁰, que atinge de forma desproporcionada as mulheres só pelo facto de o serem”⁶¹. Cumulativamente, importa recordar que a prostituição é atualmente uma indústria milionária, um negócio profundamente rentável que alegadamente movimenta cerca de \$186.00 biliões por ano.

Envolve cerca de 42 milhões de pessoas, das quais 90% dependeram de outras⁶².

No que concerne à querela do bem jurídico, após a reforma de 1995, consubstanciou um marco na criminalização dos crimes sexuais que abandonando a tradicional visão moralista⁶³, vinculadas aos “sentimentos gerais

⁵⁷ As estatísticas apresentadas têm por base os estudos referidos por Catharine MaCKINNON, *Sex Equality*, University Case Book Series. New York, Foundation Press, 2001.

⁵⁸ Conforme *Sexual exploitation and its impact on gender equality*, European Parliament, 2014. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493040/IPOLFEMM_ET\(2014\)493040_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493040/IPOLFEMM_ET(2014)493040_EN.pdf)

⁵⁹ <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180178.html> [consult. 23 de maio de 23].

⁶⁰ Em sentido divergente, alega-se que: “no domínio da prostituição voluntária, a incriminação do lenocínio, ao coartar de forma generalizada a liberdade e autodeterminação da mulher, o que faz é alimentar a desigualdade de género, negando à mulher a capacidade de discernimento, autonomia e liberdade no exercício da sexualidade e domínio sobre o próprio corpo” (CARDOSO, João Pedro. O dever de dignidade da pessoa humana. A inconstitucionalidade do crime de lenocínio. *Data Venia*, n.º 11 (2020), p. 358).

⁶¹ <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180178.html> [consult. 23 de maio de 23].

⁶² Conforme *Sexual exploitation and its impact on gender equality*, European Parliament, 2014.

⁶³ Nesse sentido, recordamos as palavras de Ana Rita Alfaite: “o que motiva o tipo penal será, então, a reprovação de um modo de vida que se traduz na leviandade das pessoas, na entrega destas a uma vida sem pudor e avessa às regras morais cristalizadas, um interesse geral da sociedade na manutenção de uma certa moralidade no âmbito da sexualidade” (ALFAITE, Ana Rita. *A relevância penal da sexualidade dos*

de moralidade sexual”⁶⁴, para um novo caleidoscópio no qual se consagra a liberdade e a autodeterminação sexual como único bem jurídico a proteger. Com base nesta premissa, os detratores da punição penal sustentam que estamos num revisionismo que procura tutelar “sentimentalismos transpessoais”⁶⁵, os “bons costumes”, uma estranha noção de moral sexual⁶⁶, a “indignidade moral da exploração da prostituição de outrem”⁶⁷, “a defesa do sentimento geral de pudor e de moralidade”⁶⁸, uma exproba noção de pecado e de virtude⁶⁹, o que iria consubstanciar um “crime sem vítima”⁷⁰, pelo que, tendo por premissa o princípio da intervenção mínima ou da *ultima ratio* do direito penal, a conduta não poderia ser penalmente perseguida. Em sentido contrastante, sustenta-se que o tipo legal visa ainda a proteção do bem jurídico “liberdade sexual”, que seria justificável pelo facto de à conduta típica ser inerente um perigo abstrato⁷¹ de lesão desse bem jurídico, *a normal associação entre as condutas que são designadas como lenocínio e a exploração da necessidade económica e social*.

A narrativa da inconstitucionalidade do tipo penal tem sido construída⁷²,

menores. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 104).

⁶⁴ RAPOSO, Vera Lúcia. Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual. In: *Liber Discipulorum para Figueiredo Dias*. ANDRADE, Manuel da Costa [org.]. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 938.

⁶⁵ Ac. TC n.º 144/2004, disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040144.html> [Consult. 15 de maio de 23].

⁶⁶ Neste sentido, recuperamos as palavras de Maria João Antunes: “O direito penal sexual evoluiu no sentido de deixar de ser “um direito tutelar da ‘honestidade’, dos ‘costumes’ ou dos ‘bons costumes’ - e onde por isso caberia a punibilidade de práticas sexuais que, à luz dos ‘sentimentos gerais de moralidade sexual’, deveriam ser consideradas ‘desviadas’, ‘anormais ‘viciosas’ ou ‘contra a natureza’: numa palavra ‘ímorais’ (a homossexualidade e a prostituição incluídas) -, para se tornar num direito tutelar de um bem jurídico perfeitamente definido e que reentra, de pleno direito, no capítulo contra as pessoas: o bem jurídico da liberdade e autodeterminação da pessoa na esfera sexual” (ANTUNES, Maria João. Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual dos menores. *Julgar*. N.º 12 (especial) – 2010, pp.154/155).

⁶⁷ LEITE, Inês Ferreira. A Tutela Penal da Liberdade Sexual. *Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais*, p.15.

⁶⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda. Comentário ao art. 170.º do Código Penal. *Comentário Coimbraense do Código Penal*, I. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 519.

⁶⁹ Sobre a repressão da sexualidade, *vide* FOUCAULT, Michel. História da Sexualidade. Vol I – Vontade de saber. 13.ª Ed. Rio de Janeiro: GRAAL, 1988, pp. 109 e ss.

⁷⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. Comentário ao art. 170.º do Código Penal. *Comentário Coimbraense do Código Penal*, I. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 519.

⁷¹ Recorde-se que “nos crimes de perigo abstrato o perigo não é elemento do tipo, mas simplesmente motivo da proibição. Quer dizer, nestes crimes são tipificados certos comportamentos em nome de sua *perigosidade típica* para um bem jurídico, mas sem que ela precise de ser comprovada no caso concreto: há uma *presunção ineludível* de perigo e, por isso, a conduta do agente é punida independentemente de ter criado ou não um perigo efetivo para o bem jurídico” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral*. Tomo 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 292).

⁷² No sentido da inconstitucionalidade *vide, inter alia*, ALBERGARIA, Pedro Soares e LIMA Pedro Mendes. O Crime de Lenocínio entre o Moralismo e o Paternalismo Jurídicos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 22, n.º 2, 2012, pp. 201 ss., ANTUNES, Maria João. A problemática penal e o

desde logo, argumentado que “o tratamento jurídico-penal dos crimes na esfera sexual evoluiu fortemente nas últimas décadas, como reflexo de alterações significativas nos padrões de conduta e nas conceções ético-sociais, neste domínio” tendo por base uma “ideia valorativa da autonomia individual e do livre desenvolvimento da personalidade”⁷³ e que a “norma do n.º 1 do artigo 170.º [atual artigo 169.º] contrasta fortemente com todas as outras disposições de tutela da liberdade sexual. Em todas elas está presente, como elemento definidor do tipo legal de crime, o exercício de violência, coação, ou, pelo menos constrangimento sobre a vontade da vítima”⁷⁴. Acresce, nas palavras dos críticos do tipo penal, a “manutenção da incriminação de condutas que são socialmente aceites - como acontece com variados fenómenos de prostituição em que é tendencialmente respeitada a autonomia da mulher ou do homem que se prostitui - não contribui em nada para a protecção de potenciais vítimas, antes acentua a ausência de identificação entre a sociedade e o Direito Penal”⁷⁵, pelo que, a punibilidade penal do lenocínio é uma intolerável paternalismo jurídico exacerbado. Consequentemente, defende-se que “só numa comprovada situação de consentimento ausente ou viciado nomeadamente por violência, fraude, ameaça ou especial vulnerabilidade determinada por uma situação de desvantagem económica e/ou social (por exemplo, extrema pobreza ou miséria económica e cultural), a ilicitude do comportamento deveria ser mantida, dado o dever do Estado social de impedir a exploração e a instrumentalização do indivíduo”⁷⁶.

Expostas a premissas, estamos convictos que o cerne da questão é aquilatar do respeito pelo princípio da proporcionalidade⁷⁷ [e da necessidade de pena⁷⁸],

Tribunal Constitucional. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Gomes Canotilho*. v. I. Boletim da FDUC, n.º 102 (2013), p. 107 ss. e RAPOSO, Vera Lúcia. Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual. In: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra Editora, 2003, p. 949.

⁷³ Assim, o Conselheiro Joaquim Sousa Ribeiro na sua declaração de voto no Ac. n.º 654/2011.

⁷⁴ Assim, o Conselheiro Joaquim Sousa Ribeiro na sua declaração de voto no Ac. n.º 654/2011.

⁷⁵ LEITE, Inês Ferreira. A Tutela Penal da Liberdade Sexual. *Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais*, p. 7.

⁷⁶ CARDOSO, João Pedro. O dever de dignidade da pessoa humana. A inconstitucionalidade do crime de lenocínio. *Data Venia*, n.º 11 (2020), p. 269

⁷⁷ Como nós, “não se trata aqui de saber se a incriminação do lenocínio traduz a melhor opção ao nível da política criminal, mas antes de indagar se, nos moldes em que se encontra prevista, a norma obedece aos critérios aferidores da legitimidade constitucional nomeadamente ao princípio da proporcionalidade (art. 18.º, n.º 2, da CRP) implicado na própria liberdade de conformação legislativa em que o Tribunal Constitucional tem escudado, de forma acrítica, o seu julgamento” (CARDOSO, João Pedro. O dever de dignidade da pessoa humana. A inconstitucionalidade do crime de lenocínio. *Data Venia*, n.º 11 (2020), p. 227).

⁷⁸ Foi neste sentido a declaração de voto de vencido da Conselheira Maria Assunção Raimundo, no Ac. n.º 72/2021 do Tribunal Constitucional.

invocado pelo Tribunal Constitucional para declarar a desconformidade do tipo penal com a lei fundamental. Assim, se é insofismável que, na ampla maioria dos casos, as mulheres são prostituídas, que se dedicam ao tráfico sexual por necessidades económicas e sociais, que dependem desta atividade para sobreviverem, pelo que o exercício da prostituição não é uma escolha baseada na liberdade e na autonomia, e que é inegável que existe uma normal associação entre o lenocínio e a violação da liberdade sexual da mulher prostituída, como o próprio Ac. n.º 218/2023 não ignora, quando expressamente afirma que existem “considerações empíricas como a de que a atividade de fomento, favorecimento ou facilitação da prostituição é «inevitavelmente próxima - demasiado próxima - de movimentos, nacional e internacionalmente organizados, cujo resultado (aqui referimo-nos ao resultado da atividade dos referidos movimentos organizados num plano superior ao de cada “empresário”), quase invariavelmente, corresponde à perpetuação de situações de diminuição da liberdade e de sujeição a um poder de facto”, pelo que o “empresário - como o de qualquer outro negócio - tende a organizar-se de modo a potenciar o lucro”, importa não escamotear a coexistência de uma diferente tipologia de prostituição. Dessarte, *se tudo isto é triste, se tudo isto é o fado* de muitas mulheres que são coagidas a prostituírem-se, também existem aquelas que o fazem por escolha própria⁷⁹, e que, igualmente de *motu proprio* procuram exercer a sua atividade dentro de uma rede organizada que lhes propicia o conforto e a segurança⁸⁰ de que carece quem se dedica isoladamente à prostituição⁸¹, como sucedeu no processo que deu origem ao Ac. do TC, no qual ficou provado que as mulheres “ali se dirigiam voluntariamente

⁷⁹ Dessarte, “não se pode limitar o discurso da prostituição ao âmbito cristalizado da pobreza, da marginalidade, da degradação, da droga e da doença”, pelo que, “a prostituição não pode ser vista com ideias estereotipadas, preconceituosas e simplistas, sem considerar a “diversidade de atores, de práticas, de motivações, de experiências de vida, de significados, de contextos e de condições de trabalho das pessoas envolvidas” (CARDOSO, João Pedro. O dever de dignidade da pessoa humana. A inconstitucionalidade do crime de lenocínio. *Data Venia*, n.º 11 (2020), p. 237, em diálogo com Alexandra Oliveira).

⁸⁰ Neste sentido, convocamos palavras alheias: “mas, nem sequer é líquido que a prostituta ficasse numa situação social e económica melhor sem a interação livremente consentida do proxeneta, bem podendo ela própria retirar, de forma consensual, mais vantagens nomeadamente económicas dessa dita exploração que, desse jeito, não traduziria um resultado injusto” (CARDOSO, João Pedro. O dever de dignidade da pessoa humana. A inconstitucionalidade do crime de lenocínio. *Data Venia*, n.º 11 (2020), p. 274).

⁸¹ Embora não chegam ao ponto de afirmar, como Carlota ALMEIDA, Carlota, que existem mesmo laços afetivos entre quem se prostitui e quem fomenta essa mesma prática e que o proxenetismo (ALMEIDA, Carlota. O Crime de Lenocínio no Artigo 170.º, n.º 1 do Código Penal - Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 144/04. *Jurisprudência Constitucional*, 2005, pp. 21-35). Refira-se que, também Costa ANDRADE, nas atas de revisão ao Código Penal, se pronunciou em sentido análogo.

à procura de emprego, sabendo dos serviços que o bar prestava», que «usavam nomes falsos, não conhecendo umas e outras a verdadeira identificação das demais» e «que não eram obrigadas a praticar atos sexuais com os clientes». Pelo que, com *data venia*, a questão fundamental é aquilatar se criminalizar o lenocínio não colide desproporcionalmente com o direito à livre escolha da profissão⁸² e à liberdade destas mulheres⁸³ (e da liberdade de iniciativa económica de quem se dedica a esta atividade)⁸⁴, suscitando-se o paradoxo de alguém ser punido por facilitar a prática de uma atividade que é lícita.

5. CONCLUSÃO

Num tempo em que tantos cultivam as certezas absolutas, somos devotos das dúvidas, pelo que não estamos obcecados em chegar a uma conclusão, até porque as perguntas são quase sempre mais estimulantes do que as respostas.

É insofismável que as mulheres foram historicamente o *segundo sexo* sobre o qual magistralmente dissertou Simone de Beauvoir, sujeitas a intoleráveis sevícias e submissões, o insuportável fado dos alegados pecados de Eva. Mas, é igualmente axiomático que paulatinamente a mulher vai conseguindo-se escapar-se da inóspita *caverna de Platão* para onde foi subjugada e, com árduo esforço e tenacidade, consegue romper as amarras do patriarcado e ver a luz,

⁸² Neste sentido, CARDOSO, João Pedro. O dever de dignidade da pessoa humana. A inconstitucionalidade do crime de lenocínio. *Data Venia*, n.º 11 (2020), p. 284 e ss. Ainda neste sentido, o Tribunal da Relação de Guimarães, considerou que o tipo penal de lenocínio é inconstitucional por “limitar e condicionar a consciência pessoal e a liberdade de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho”, violando os artigos 41º, n. 1 e 47º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.

⁸³ Em sentido contrário, alega-se que “vários estudos demonstram que não há uma causa específica que explique a entrada na prostituição, mas sim várias e a maioria revela que essa decisão é motivada pela situação vulnerável (social, financeira, familiar, afetiva, etc.) em que o indivíduo se encontra. Quem vive desta atividade está sujeito a todo o tipo de pressões, sendo utópico pensar que entre o agente e quem se prostitui existe uma relação paritária e perigoso fazer uma distinção entre prostituição livre e forçada pois o(a) prostituto(a) não escolhe o exercício da prostituição de forma livre” (LINHARES, José Ricardo. *O Crime de Lenocínio: Reflexão Crítica sobre o artigo 169.º, n.º 1 do Código Penal*. Dissertação de Mestrado. Universidade Católica do Porto, p. 22, em diálogo com PATTO).

⁸⁴ E neste contexto, faz sentido recordar as assertivas palavras de Luísa Neto: “as restrições aos direitos fundamentais, características do direito penal, devem assim limitar-se ao mínimo indispensável para a proteção e satisfação das necessidades básicas da vida humana em uma sociedade pluralista, de modo a possibilitar que as pessoas desenvolvam sem intromissões as suas potencialidades humanas, permitindo-lhes o livre desenvolvimento da sua personalidade e a sua autorealização pessoal”. (NETO, Luísa. *O Direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo (A relevância da vontade na configuração do seu regime)*. Coimbra; Coimbra Editora, 2004, p. 261-662).

pelo que, importa indagar se proscrever a prostituição e o lenocínio é uma forma de proteger a mulher da subjugação misógina ou uma infantilização do feminino.

Quando, mesmo dentro do pensamento feminista, se digladiam posições contrárias sobre a legalização da prostituição, parece seguro afirmar que não estamos perante uma defesa do patriarcado e dos anacrónicos privilégios masculinos, mas perante a querela de indagar qual o meio mais adequado para proteger as mulheres. Porque, se legalizar a prostituição e permitir o proxenetismo [que não deve confundir-se com *rufianismo*⁸⁵] terá como consequência direta e necessária a exploração de mulheres por redes de tráfico de pessoas sedentas dos ganhos económicos de uma industria milionária, proscrever esta atividade pode ser interpretado como uma menorização das mulheres que escolhem prostituir-se, incapaz de uma vontade livre e consciente, incrementando o estereótipo relativo à inferioridade da mulher, condenando as prostitutas a viver no *bas-fond* da sociedade. Porque, efetivamente, a punição do lenocínio nunca impediu o lenocínio, e as redes existem e não vai ser guilhotinadas pela intervenção da legislativa.

Por tudo, o paradoxo da tipo penal é a coexistência de dois paradigmas; dessarte, se é insofismável que muitas mulheres escolhem prostituir-se é igualmente axiomático que muitas são prostituídas por redes que as constroem ao exercício da prostituição, pelo que, o busílis da questão é indiscutivelmente a procura do *ponto de Arquimedes* no principio da proporcionalidade.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albergaria, Pedro Soares e LIMA Pedro Mendes. O Crime de Lenocínio entre o Moralismo e o Paternalismo Jurídicos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 22, n.º 2, pp. 201-260;
- Albuquerque, Paulo Pinto de. Anotação ao artigo 169.º. In: *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.ª Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015;
- Alfaite, Ana Rita. *A relevância penal da sexualidade dos menores*. Coimbra: Coimbra

⁸⁵ A distinção entre as figuras, pode ser consultada em ROCHA, Catarina. *O crime de lenocínio e a exploração da prostituição: a descriminalização do crime de lenocínio simples*. Tese de Mestrado. Porto: Faculdade de Direito da Universidade Católica, p. 26 e no Ac. TRP de 28/03/2012, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/od4370594e37e5a8802579f30038032b?OpenDocument> [consult. 21 de maio de 23].

- Editora, 2009;
- Almeida, Carlota. O Crime de Lenocínio no Artigo 170.º, n.º 1 do Código Penal - Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 144/04. *Jurisprudência Constitucional*, 2005, pp. 21-35;
- Antunes, Maria João. A problemática penal e o Tribunal Constitucional. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Gomes Canotilho*. v. I. Boletim da FDUC, n.º 102 (2013), pp. 97-118;
- Antunes, Maria João. Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual dos menores. *Julgar*. N.º 12 (especial) – 2010, pp. 153-161
- Ascensão, José de Oliveira. A Lei n.º 32/06, sobre Procriação Medicamente Assistida. *ROA*. Lisboa. a.67, n. 3;
- Beleza, Maria Pizarro. *Mulheres, Direito e Crime ou a Perplexidade de Cassandra*. Lisboa: AAFDL, 1993;
- Camargo, Luiz. Hospitalidade, turismo e lazer. *Revista Brasileira de Pesquisa Em Turismo*, 13(3) 2019;
- Cardoso, João Pedro. O dever de dignidade da pessoa humana. A inconstitucionalidade do crime de lenocínio. *Data Venia*, n.º 11 (2020), pp. 220-390;
- Cunha, Paulo Ferreira da. *Direito Constitucional Geral*. Lisboa: Quid Juris, 2006;
- Dias, Figueiredo. O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional implícito (à luz da jurisprudência constitucional portuguesa). *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. a.145 n.3998 (maio-jun. 2016), pp. 250-266;
- Dias, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral*. Tomo 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2004
- Foucault, Michel. *História da Sexualidade. Vol I – Vontade de saber*. 13.^a Ed. Rio de Janeiro: GRAAL, 1988;
- Henriques, Rodrigo. Turismo sexual em Portugal e no mundo. *A Pátria*. Março 22, disponível em: <https://apatRIA.org/sociedade/turismo-sexual-em-portugal-e-no-mundo/> [consult. 21 de abril de 23];
- Leal-Henriques, Manuel e Santos, Manuel Simas. *Código Penal Anotado*. 3.^a Ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2000
- Leite, Inês Ferreira. A Tutela Penal da Liberdade Sexual. *Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais*, pp. 1-44;
- Lopes, José Mouraz e Milheiro, Tiago Caiado. *Crimes Sexuais - Análise Substantiva e Processual*. Coimbra, Coimbra Editora, 2015;
- Mackinnon, Catharine. *Only Words*. Third Printing. Massachusetts: Harvard University Press, 1996;
- Neto, Luísa. *O Direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo (A relevância da vontade na configuração do seu regime)*. Coimbra; Coimbra Editora, 2004;

- Pacheco, José. *O tempo e o sexo*. Lisboa: Livros Horizonte, 1998;
- Palfrey, John e Gasser. Urs. *Born Digital: Understanding the First Generation of Digital Natives*. New York: Basic Books, 2008;
- Pritchard, Annette. Género e sexualidade na investigação turística. In: HALL, Collin Michael [et al.] (Orgs.). *Compêndio de Turismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 2004;
- Raposo, Vera Lúcia. Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual. In: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Org. ANDRADE, Manuel Costa. Coimbra; Coimbra Editora, 2003, p. p.931-962;
- Rocha, Catarina. *O crime de lenocínio e a exploração da prostituição: a descriminalização do crime de lenocínio simples*. Tese de Mestrado. Porto: Faculdade de Direito da Universidade Católica;
- Rodrigues, Anabela Miranda. Comentário ao art. 170.º do Código Penal. *Comentário Conimbricense do Código Penal*, I. Coimbra: Coimbra Editora, 1999;
- Tapscott, Don e Williams, Anthony D. *Wikinomics: A Nova Economia das Multidões Inteligentes*. Matosinhos: Quidnovi, 2008;
- WALTON, John, MATTHEW e CHAVALLAS, Mark. *The IVP Bible Background Commentary: Old Testament*. Downer Grove: InterVarsity Press, 2000;
- Zickwolff, Erick. *Repensado o conceito de turismo sexual: para além da exploração sexual, do tráfico de pessoas e da prostituição feminina*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2017. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/6650/Erick%20da%20Cunha%20Coelho%20Zickwolff%20Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [Consultado a 23 de abril de 23].

HUGO DANIEL DA CUNHA LANÇA SILVA
Instituto Politécnico de Beja e ISMAT
Centro de Investigação: CEAD - Francisco Suárez
hdlanca@ipbeja.pt
Orcid: 0009-0002-2657-4718



Doi: <https://doi.org/10.17398/2695-7728.39.201>

ELECTORAL RIGHTS OF EU CITIZENS IN POLAND AS A
MANIFESTATION OF THE GLOBALIZATION OF DEMOCRACY.
SELECTED ISSUES

*LOS DERECHOS ELECTORALES DE LOS CIUDADANOS DE LA UE
EN POLONIA COMO MANIFESTACIÓN DE LA GLOBALIZACIÓN DE
LA DEMOCRACIA. TEMAS SELECCIONADOS*

MARTA CZAKAWSKA¹

Univeristy of Bydgoszcz. Poland

Recibido: 30/10/2023 Aceptado: 20/11/2023

ABSTRACT

Guaranteeing, respecting and realizing human rights, including the right to vote, is one of the fundamental duties of the state. This burden seems to be even greater when the State is a member of a supranational organization, since it is also obliged to take care of individuals who are citizens of other States in this regard. Therefore, it is crucial to introduce such legal solutions as to fully guarantee the implementation of the rights resulting from the applicable common legal regulations.

Keywords: electoral rights in the European Union, citizenship of the European Union, voting.

¹ Kujawy and Pomorze Univeristy in Bydgoszcz, attorney-at-law, District Chamber of Legal Advisors in Bydgoszcz.

RESUMEN

Garantizar, respetar y hacer realidad los derechos humanos, incluido el derecho al voto, es uno de los deberes fundamentales del Estado. Esta carga parece ser aún mayor cuando el Estado es miembro de una organización supranacional, ya que también está obligado a cuidar a los individuos que son ciudadanos de otros Estados en este sentido. Por lo tanto, es crucial introducir soluciones jurídicas que garanticen plenamente la implementación de los derechos resultantes de las normas jurídicas comunes aplicables.

Palabras clave: derechos electorales en la Unión Europea, ciudadanía de la Unión Europea, voto.

Summary: 1. Introduction. 2. European Union regulations and electoral rights. 3. Electoral rights of a citizen of the European Union - comments de lege lata. 4. Conclusion. Bibliographic references.

1. INTRODUCTION

The idea of unifying the European nations was born out of the experience of the tragic events of World War II. The fathers of modern Europe² successfully sought to create a supranational organization, which was to be a social and economic response to the cataclysmic events of 1939-1945. Over the years, the idea of, "unity in diversity"³ took on a new meaning - here were the organs of the European Union and its entire community, with more than half a billion members, facing new challenges - a powerful economic crisis, a migration crisis on a scale never seen in the entire history of a united Europe after 1948, a real threat to the security of member states due to the outbreak of war in Ukraine in 2022, and a crisis of democratic institutions.

² Politicians such as Konrad Adenauer, Joseph Bech, Johan Willem Beyen, Winston Churchill, Alcide De Gasperi, Walter Hallstein, Sicco Mansholt, Jean Monnet, Robert Schuman, Paul-Henri Spaak, Altiero Spinelli are considered to be the pioneers of the European unification process.

³ "(...) is the motto of today's European Union, which aims to defend common values such as freedom, peace and solidarity in a Union formed by different cultures and languages", after: "Unity in diversity," <https://cordis.europa.eu/article/id/27389-unity-in-diversity>, accessed 26.10.2023.

The European Union, which faces new challenges, takes a series of actions each time using various measures, most often of a legal nature, which are aimed primarily at unification, integration of the people of the member states. These measures are also aimed at creating the right conditions for their multifaceted development, respecting their needs while preserving available resources and, above all, their national traditions⁴. In the era of globalization in the broadest sense, the primary goal of which is, "to gradually erase the differences in living conditions and the goals set by individual societies, and thus create a common space for them"⁵, the development of democratic processes and the even involvement in this process of the society concentrated in a supranational organization⁶ such as the European Union is one of the priority objectives of its activities.

It should be emphasized that this state of affairs has not always been the case. In the 1970s and 1980s, the view that, "supranational power does not require legal normalization of its legitimacy"⁷ was not completely marginal. Nevertheless, "the concept of a European identity implying a system of pluralistic democracy guaranteeing freedom of expression within the framework of the constitutional organization of competencies, as well as the possibility of enjoying the procedures necessary for the protection of human rights"⁸, became a permanent part of the treaty regulations, first appearing in the text of the Single European Act (hereinafter JAE) of February 17, 1986⁹, then in the Maastricht Treaty of February 7, 1992¹⁰ (hereinafter TM). Undoubtedly, one of the basic categories of human rights is political rights, particularly electoral rights. These values are also reiterated in the current Treaty on European Union of December 13, 2007

⁴ Agata Pyrzyńska, "Electoral rights of citizens of the European Union countries residing outside their country of origin as a guarantee of the principle of sustainable development," *Sustainable Development - Scientific Debut* 2015, edited by Jakub Berezowski, Henryk A. Kretek (Racibórz: Publishing House of the State Higher Vocational School in Raciborz, 2016), 67.

⁵ Panajotis Kondylis, "The Global Economy, Global Democracy and the Global Struggle for the Distribution of Resources," *Studies in the History of Philosophy*, no. 3(6) (2015), 21-26, translated by Lech Zielinski and Anna Ziolkowska, <https://doi.org/10.12775/szhf.2015.027>.

⁶ Jan Galster argues that, "The Union is in a certain way independent of the member states, free from their influence and pursues its own general interest in its activities," Jan Galster, "Legal Status of the European Union," *Fundamentals of European Union Law*, edited by Jan Galster, (Torun: TNOiK Publishing House, 2010), 122-123.

⁷ Krzysztof Wójtowicz, "Democratic standards of the European Union and the Constitution of the Republic of Poland - experience of system practice", *Twenty years of the Constitution of the Republic of Poland. Polish constitutional thought and international democratic standards*, edited by Jerzy Jaskiernia, Kamil Spryszak (Torun: Wydawnictwo Adam Marszałek, 2017), 437.

⁸ Krzysztof Wójtowicz, *Standards ...*, 438.

⁹ Dz.U. L 169 z 29.6.1987.

¹⁰ Dz.U. 2004.90.864/30.

(hereinafter TEU)¹¹, where in the body of the preamble the signatories of the act indicated that in creating the European Union they are "inspired by the cultural, religious and humanist heritage of Europe, from which arise universal values, which constitute inviolable and inalienable human rights, as well as freedom, democracy, equality and the rule of law. In turn, the foundations of the functioning of the European Union are laid down in Article 2 of the TEU, which states that , "The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law, as well as respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities”.

Democratic standards are also defined in Article 10 TEU, where it is stated that the basis of the functioning of the Union is representative democracy (Article 10(1)), citizens are directly represented at the Union level in the European Parliament (Article 10(2), sentence 1). In addition, in the text of this provision, the signatories introduce the principle of political pluralism and public participation, as every citizen has the right to participate in the democratic life of the Union, and decisions are taken as openly and as close to the citizen as possible (Article 10(3)), with political parties at the European level contributing to the formation of European political consciousness and the expression of the will of the citizens of the Union (Article 10(4)).

Crucial for further consideration is the circumstance of the introduction, first under the provisions of the Maastricht Treaty and then in the content of Article 9 TEU, of the institution of citizenship of the European Union. According to the wording of the second and third sentences of Article 9 TEU, a citizen of the Union is any person who has the nationality of a Member State, and citizenship of the Union is additional to national citizenship and does not replace it. It is an autonomous concept, typical only of EU law, but remaining on the borderline between national law and international law .

The prerequisite for acquiring EU citizenship is to have the citizenship of the country of origin while fulfilling the condition of accession in the EU of that country . In an era of huge fluctuation of society, its mobility dictated by a variety of reasons - from economic, to educational, health, to tourism, the granting of voting rights to citizens of EU member states, turned out to be not so much a reasonable and apt legislative solution, but even necessary for the full realization of their fundamental political rights¹² . This fact is not in doubt. They arise

¹¹ Dz.U. UE 2012 C 326/13.

¹² Dominika E. Harasimiuk, "EU citizenship - an element of national, European identity or merely an

primarily in the context of the scope of electoral rights granted to EU citizens in the context of EU and national regulations¹³. Taking into account the circumstance of the lack of a uniformly understood concept of democracy¹⁴, which can be considered only after its definition, it should be stated that the EU regulations in the field of passive and active electoral rights, are an obvious example of the phenomenon of globalization of electoral democracy¹⁵.

Poland, with its accession to the EU, was obliged to implement EU law, and as a consequence introduced institutions hitherto unknown to the Polish legal system, such as EU citizenship or elections to the European Parliament. The purpose of this paper is not to make an exhaustive review of the views of representatives of legal science in this regard, but to carry out an analysis of the current legal status, which will allow an attempt to answer the question of whether the electoral rights of EU citizens are guaranteed and realized in the Polish legal system.

2. EUROPEAN UNION REGULATIONS AND ELECTORAL RIGHTS

One of the fundamental rights granted to citizens of EU member states is the freedom of movement and residence on the territory of member states, which is an example of the principle of freedom of migration as one of human rights and freedoms¹⁶. In practice, this allows one to carry out life and work activities in any EU member state. Also connected with this activity is the exercise of his electoral rights. It follows from the wording of Article 22(1) (formerly Article 19 TEC) that any citizen of the Union residing in a Member State of which he or she is not a national has the right to vote and stand for election in local elections in the Member State of his or her residence on the

additional status for citizens of member states?", *Ius Novum*, no. 3 (2017), 122-142.

¹³ Damian Kiwior, "The institution of citizenship of the European Union," (Rzeszów-Przemysł: Publishing House of the Higher School of Law and Administration, 2013), 868, <https://wspia.eu/media/lhodni3b/79-kiwior-damian.pdf>, accessed 26.10.2023.

¹⁴ Gracjan Cimek, "Toward a Globalizing Democracy," *Colloquium of the Faculty of Humanities and Social Sciences*, no. 2 (2010), 11-24.

¹⁵ Bartłomiej Michalak points out that electoral democracy is, "one of the theoretical concepts of modern liberal democracy, placing particular emphasis on the institution of elections and seeing in them the essence of the entire democratic system," Andrzej Sokala, Bartłomiej Michalak, Piotr Uziębło, *Lexicon of Electoral and Referendum Law and Electoral Systems*, (Warsaw: Wolters Kluwer, 2013), 38.

¹⁶ Małgorzata Czerwińska, "Freedom of movement of persons in the European Union and human rights and freedoms. The Principle of Migration Freedom", *Krakow International Studies*, no 2 (2013), 11-24; Article 21 (formerly Article 18 of the EC Treaty) of the Treaty on the Functioning of the European Union of 25 March 1957 (*Journal of Laws of 2004 No. 90, item 864*) (hereinafter TFEU).

same terms as citizens of that State.

Electoral rights are therefore one of the most important criteria determining the formation of a democratic state under the rule of supremacy of the Nation¹⁷. The Constitution of the Republic of Poland¹⁸ sets forth the normative bases of active and passive electoral rights in Poland. The legislator ascribed special importance to them, which he expressed in Article 62 of the Constitution, stating that a Polish citizen has the right to participate in a referendum and the right to elect the President of the Republic, deputies, senators and representatives to the organs of local self-government, if he turns 18 years of age at the latest on the day of voting.

Krzysztof Wójtowicz rightly notes that at the current stage of European integration, there is no European demos, in view of which the status of EU citizen acquires, in a way, a special character¹⁹. This issue has also become the subject of a decision of the Constitutional Court, which in its judgment of May 11, 2005²⁰ indicated that:

"The Constitution as "the supreme law of the Republic of Poland" does not, at the same time, make membership in a self-governing community dependent on possession of Polish citizenship," and that "membership (...) in a community (is decided - MCz footnote) by the place of residence (center of life activity), which is the basic type of ties in this type of community"²¹. According to the TK, the solution so adopted in the Constitution is also an expression of "the application of the principle of equality and the principle of non-discrimination," is "also a consequence of the right to freedom of movement and freedom of settlement in the territory of any member state of the Union.

In addition, according to the Court:

"The replacement of the censor of state citizenship by the censor of domicile involves the establishment of European citizenship and the guarantee of the right of any citizen of the Union residing in a Member State of which he is not a

¹⁷ Marta Czakowska, "The right of a citizen to participate in public life on the example of active electoral right in elections", *Twenty years of the Constitution of the Republic of Poland. Polish Constitutional Thought and International Democratic Standards*, edited by Jerzy Jaskiernia, Kamil Spryszak (Toruń: Adam Marszałek Publishing House, 2017), 206.

¹⁸ The Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997 (Journal of Laws of 1997, No. 78, item 483, as amended), hereinafter referred to as the Constitution.

¹⁹ Krzysztof Wójtowicz, *Standards ...*, 439-440.

²⁰ Judgment of the Constitutional Tribunal of 11 May 2005, ref. no. K 18/04, OTK-A 2005, No. 5, item 49.

²¹ Judgment of the Constitutional Tribunal of 11 May 2005...

citizen to vote and stand for election to the European Parliament in the Member State in which he resides"²² .

The freedom of movement of persons, as a manifestation of the principle of equality and the principle of non-discrimination, would be meaningless if the , "right to participate in the elections of representative bodies in the place of settlement (and that with the exercise of electoral rights under the conditions determined by the territorially competent state)" is not guaranteed ²³.

The Court further stated that the recognition of rights constitutionally guaranteed to Polish citizens as "exclusive" rights is unfounded and finds no basis in the nature of constitutional subjective rights ²⁴. The granting, at the level of the Basic Law, of a certain right to a Polish citizen does not necessarily mean that it can only be granted to him, as the Court assesses. This is because the Constitution sets a certain minimum standard, which the ordinary legislator is obliged to satisfy - from the point of view of constitutionality, one can only examine whether the minimum requirements have not been violated - that is, whether the statutory and fundamental provisions do not close the way for a Polish citizen to effectively exercise. In the Court's view, the provisions of the Constitution contain a minimum standard that the ordinary legislator is obliged to fulfill from the point of view of constitutionality²⁵ .

The Court can only examine whether the minimum requirements have not been violated - whether the statutory and basic provisions do not close the way for a Polish citizen to effectively benefit ²⁶. Despite the incoherent reasoning used by the Court in this judgment, it concluded by stating that there are no obstacles to extending constitutional rights and freedoms by means of the norms contained in ordinary laws also to other categories of persons, in this examined case, EU citizens legally settled on Polish territory ²⁷.

²² Judgment of the Constitutional Tribunal of 11 May 2005...

²³ Krzysztof Wójtowicz, Standards ..., 440.

²⁴ Rafał Stronk, "Electoral Rights of Foreigners in the Polish Legal Order," in Current Challenges of Electoral Law, edited by Marek Zubik, Jan Podkowik (Warsaw: Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego, 2021), 154; Krzysztof Kozłowski, , "Selected Constitutional-Legal Aspects of the Electoral Rights of EU Citizens Who Are Not Polish Citizens," Legal Journals of the Bureau of Sejm Analyses of the Chancellery of the Sejm, no. 3(67) (2020), <https://orcid.org/0000-0002-7439-7165>, <https://doi.org/10.31268/ZPBAS.2020.52> , 54-80.

²⁵ Judgment of the Constitutional Tribunal of 11 May 2005...

²⁶ Judgment of the Constitutional Tribunal of 11 May 2005...

²⁷ Judgment of the Constitutional Tribunal of 11 May 2005...

In addition to the TFEU, the catalog of basic acts of EU law regulating the issue of electoral rights includes, first of all, the Charter of Fundamental Rights of the European Union²⁸ and two directives that are fundamental for specifying the realization of electoral rights of EU citizens: Council Directive 93/109/EC of December 6, 1993²⁹ and Council Directive 94/80/EC of December 19, 1994³⁰.

According to the provision of the second sentence of Article 22(1) TFEU, the right to vote and to stand as a candidate in municipal elections in the Member State of residence shall be exercised subject to specific conditions laid down by the Council, acting unanimously in accordance with a special legislative procedure and after consultation with the European Parliament; these conditions may provide for derogations if justified by the specific problems of the Member State. As for elections to the European Parliament, according to Article 223(1) and the implementing provisions, any citizen of the Union residing in a Member State of which he or she is not a national shall also have the right to vote and stand for election to the European Parliament in the Member State of his or her residence under the same conditions as nationals of that State³¹.

In primary law, special attention has been paid to granting voting rights to EU citizens in local elections. The realization of electoral rights, as one of the categories of basic human rights, is never possible if the fundamental principles of electoral law are not guaranteed. The catalog of these principles includes, first and foremost, the principle of universality and the principle of equality of

²⁸ Charter of Fundamental Rights of the European Union, Official Journal C 2012. No. 362/02; the Charter of Fundamental Rights incorporates the fundamental rights and freedoms enshrined in the Rome Convention and rights derived from the constitutional traditions of member states. The Charter begins with a Preamble, then consists of 54 articles grouped into seven chapters: Dignity, Liberty, Equality, Solidarity, Rights of Citizens, Justice, General Provisions. Thus, this act lacks the traditional division into personal rights, political rights, social rights, economic rights, etc. due to each person. The introduction of the Charter was guided by the idea of creating, "new standards for the protection of individual rights in the EU," Roman Szewczyk, "Charter of Fundamental Rights of the European Union," *Studia Elbląskie*, no 11 (2010), 243-255; more on this topic Jolanta Bucińska, "Social human rights in the European Charter of Fundamental Rights," *Roczniki Nauk Prawnych*, no 1, vol 15 (2005), 101-115.

²⁹ Council Directive 93/109/EC of December 6, 1993 laying down detailed arrangements for the exercise of the right to vote and to stand as a candidate in elections to the European Parliament by citizens of the Union residing in a Member State of which they are not nationals, Official Journal of the EU.L 1993 No. 329, p. 34 (hereinafter Directive 93).

³⁰ Council Directive 94/80/EC of 19 December 1994 laying down detailed arrangements for the exercise of the right to vote and to stand as a candidate in municipal elections by citizens of the Union residing in a Member State of which they are not nationals, Official Journal of the EU.L 1994 No. 368, p. 38 (hereinafter Directive 94).

³¹ Bogumił Naleziński, „Commentary to Article 62,” *The Constitution of the Republic of Poland. Volume I. Commentary to Articles 1-86*, edited by Marek Safjan and Leszek Bosek, (Warsaw: CH Beck, 2016), Legalis

electoral rights. No election, whether at the state or supranational level, can be considered to meet democratic standards if the fundamental principles of electoral law are not only established, but above all if they are fully guaranteed and implemented. The granting of subjective electoral rights to the widest possible circle of people, which is free from discriminatory (in addition to natural exclusions, such as age, state of consciousness, state of mind) restrictions is the essence of the principle of universality of elections ³². Therefore, the circumstance of granting electoral rights to EU citizens in local elections and elections to the European Parliament should be fully approved. With regard to the first type of election, the key determinant in this case is the census of residence, as a factor that proves the conduct of the center of one's life activity there.

Undoubtedly, now that, especially after the COVID-19 pandemic, the provision of remote work has become a widespread phenomenon, the notion of a center of life activity is somewhat losing its former meaning, which was related to the social, professional, educational, personal activities carried out. The embedding of an individual in one particular place is now not so clear. In my opinion, this new center now has a more mental dimension, referring to our inner consciousness and identification with a particular local community. Of course, this legal-administrative dimension still plays an extremely important role - for it is difficult to function without being tied to a specific territorial-administrative unit. After all, at the level of local government, key decisions are made in each country regarding the day-to-day functioning of the unit - from issues related to road infrastructure, industry, waste management, local taxes, to education, health, environmental protection and traditions. Since an EU citizen settled in a particular area, outside his or her country of citizenship, for various reasons resides in an area with a local government, it is crucial, given the provisions of primary law, to enable him or her to fully exercise electoral rights, if only to strengthen ties with the local community.

The European Parliament is the only EU institution whose members are elected by direct, equal and secret ballot. Despite the work initiated in the late 1970s to create a uniform electoral law for the European Parliament for all member states, so far it has not been possible to create such an act, but only to develop rules common to all member states³³.

³² Andrzej Sokala, Bartłomiej Michalak, Piotr Uziębło, *Lexicon...*, 170.

³³ More on this topic : Anna Frydrych, From , "a uniform electoral procedure for all member states to

The subject of the regulation of Directive 93 is the participation of the EU citizen in elections to the European Parliament. The solutions used are universal rules, which are the basis for all member states³⁴. The prerequisites for the exercise of the active right to vote in this case are the possession of citizenship of the Union within the meaning of Article 8(1) of the TFEU and the fulfillment by a non-citizen of the Member State of residence of the other requirements for the right to vote and stand for election that the relevant state imposes on its citizens. The catalog of these conditions may, of course, vary from country to country, but among the most common are the census of domicile, residence in the territory of a Member State for a certain period of time³⁵. The legislator has clearly indicated that the choice by an EU citizen of where to participate in the elections to the European Parliament, actively or passively, is entirely up to his decision (Article 4 of Directive 93).

Implementing the principle of equality of elections, there is also a ban on exercising the passive right to vote more than once in a given election. The same is also true of the active right to vote - it is possible to vote only once during the same election. Exclusions in the form of disenfranchisement of a citizen by law in the Member State of residence or origin prevents him from exercising his electoral rights in any other Member State³⁶. Article 9 of Directive 93 sets out the rules of candidacy-any EU citizen who seeks to apply to stand for election in the country in which he resides, without being a citizen of that country, is obliged to submit a set of documents consisting of acts confirming the citizenship of his country, his address in the electoral territory of the Member State, his place of residence, a declaration that he has not stood for election in another country, and the relevant certificate, issued by the administrative authority of his country of origin, confirming that there are no grounds for considering that he has been disenfranchised from standing as a candidate³⁷. The enumerative indication of the EU citizen's obligations in this case is aimed at eliminating abuses and unlawful actions involving the

holding elections, "in accordance with the principles common to all member states," European Parliament, "direct voice" of a united Europe, edited by Aleksandra Kustra, (Torun: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, 2009), 72-89; Jacek Wojciechowski, "The problem of unification of the electoral law to the European Parliament," *Space, Economics, Society*, no 3/1 (2013), 39-52.

³⁴ Krzysztof Mucha, "Electoral rights of a citizen of the European Union," *Electoral Studies*, no. 29 (2020), 41-53, DOI: <https://doi.org/10.26485/SW/2020/29/2>, <https://orcid.org/0000-0001-8382-8521>.

³⁵ Agata Pyrzyńska, *Electoral rights ...*, 71.

³⁶ Agata Pyrzyńska, *Electoral rights ...*, 71.

³⁷ Krzysztof Mucha, *Electoral rights ...*, 45.

multiple exercise of voting rights. The Member State of residence of the EU citizen may take steps to verify that an EU citizen who has applied to vote in a country other than his or her country of origin has not previously been deprived of this right by a relevant court ruling or administrative decision. Then the Member State of residence may request the EU citizen's Member State of origin to provide him with the relevant and necessary information for the whole procedure. The consequence of negative verification of this data is that the member state of residence will be entitled to take steps to prevent such a person from taking part in the elections ³⁸.

In turn, the object of the regulation of Directive 94 is to define the rules of participation of an EU citizen in elections in the country of residence at the level of local elections. In the case of local elections, a distinction arises regarding the possibility of voting and standing for election to the legislative and executive bodies of a specific administrative subdivision. "Local elections" means universal and direct elections for the election of members of self-governing representative bodies and, if so stipulated by the laws of a Member State, of the head and members of self-governing executive bodies of the basic level, and shall be held in a , "local community of the basic level", i.e. an administrative unit listed in the Annex to this Directive, which, in accordance with the internal regulations of each Member State, have bodies elected by universal and direct suffrage and are empowered to manage within their own competence, at the level of the basic political and administrative organization, certain local affairs (Art. 2(1a) and (b) of Directive 94).

A number of caveats and exemptions for the exercise of the passive right to vote in local elections by EU citizens are set out in Article 5. According to its content, a member state can decide on this issue on its own, that is, it is regulated at the level of national legislation whether only national citizens or also citizens from other EU countries residing in the local community can run for executive bodies. The scope of the exercise of the active right to vote at the level of local elections is defined in Article 4 of Directive 94. According to its content, every EU citizen, if he or she so wishes, is entitled to participate in elections to both the legislative and executive bodies, while it is allowed that the possibility to participate in voting is linked to the condition of a certain minimum period of residence in the territory of a certain EU member state. Analogous to the provisions of Directive 94, the issue of deprivation of voting

³⁸ Agata Pyrzyńska, *Electoral rights ...*, 72.

rights in the country of origin of the EU citizen on the basis of criminal or civil law is resolved ³⁹.

3. ELECTORAL RIGHTS OF A CITIZEN OF THE EUROPEAN UNION - COMMENTS DE LEGE LATA

With the Polish accession to the European Union, it became necessary to transpose.

Community regulations on the realization of the electoral rights of EU citizens into Polish law. The first general elections to the European Parliament were held in 2004, and the first local elections with the participation of EU citizens were held in 2006.

In the long-awaited Polish Electoral Code ⁴⁰, which came into force on August 1, 2011, in Articles 10 and 11 the legislator regulated the institution of active and passive electoral rights. In the current state of the law, the active electoral right in the elections to the European Parliament in the Republic of Poland - a citizen of the EU, not being a Polish citizen, who, no later than the day of voting, turns 18 years old, and permanently resides in the territory of the Republic of Poland. In addition, he is also entitled to the active right to vote in elections to the governing bodies of local government units, an EU citizen has the right to vote only in elections to the municipal council - an EU citizen who is not a Polish citizen, who turns 18 years old at the latest on the voting day, and permanently resides in the territory of that municipality, and in the election of the head of the municipality in a given municipality - this right is held by a person who has the right to be elected to the council of that municipality. Thus, the legislator excluded the possibility of exercising the active right to vote in elections to the county council and the provincial assembly. This exclusion is not fully understood, although it is permissible under primary law and Directive 94. Most of the decisions important for the functioning of the local community are made at the level of the commune, as the basic unit of local government. However, it should be noted that the regional assembly makes key decisions regarding the distribution of funds from the EU budget intended for investments in the region. Therefore, this is an example of the competence of

³⁹ Krzysztof Mucha, *Electoral rights ...*, 46.

⁴⁰ The Act of 5 January 2011 – the Electoral Code, i.e. Dz.U. of 2023, item 2408, as amended, hereinafter referred to as the Code.

the authority, which has a significant impact on the daily lives of the inhabitants of a given region.

The scope of the right to stand as an EU citizen is set out in Article 11 of the Code. It states that the right to be elected is vested in the person who has the right to vote in those elections. In addition, it is necessary to be at least 21 years old on the day of voting and to have been permanently resident for at least five years in the Republic of Poland or in another EU Member State. If you want to stand for election to the municipal council, you must be at least 18 years old on the day of voting and have a permanent residence in the municipality. An EU citizen cannot stand as a candidate for the position of executive body of a local authority. As a rule, the right to stand for election of an EU citizen is the same as that of a Polish citizen. The differences in this respect relate only to the circumstances of not being able to stand as a candidate in elections to executive bodies of local government⁴¹. Such solutions raise certain doubts. In practice, it often turns out that in a given local community, a socially active EU citizen who is not a Polish citizen, valued by this community, enjoys recognition and respect, cannot run for the office of mayor only because of the lack of Polish citizenship. This is an expression of an incomprehensible differentiation, not dictated at all by legal, economic and social considerations.

4. CONCLUSION

The exercise of electoral rights, as one of the basic human rights, is not obligatory in most democratic countries. Certainly, the passive electoral right does not have such a status. The privilege of exercising one's electoral rights is of increasing interest to a society that can be described as EU civil society.

There is no doubt that Article 62(1) of the Constitution is not a provision that would be in conflict with those provisions of the TFEU which confer electoral rights on non-Polish EU citizens in Poland. Certainly, when constructing the wording of this provision, the constitution-maker was not guided by the idea or concern about the "influence of non-citizens on the outcome of elections" to national public authorities⁴². Moreover, with the accession of Poland to the European Union in 2004, this provision of the

⁴¹ Krzysztof Mucha, *Electoral rights ...*, 49.

⁴² Krzysztof Kozłowski, *Selected...*, 61.

Constitution has not changed.

The exercise of both the passive and active electoral right by an EU citizen in Poland is associated with the fulfilment of the requirements resulting not only from the primary law and directives, but also from the law in force in the country. In order to fully implement the principle of equality and non-discrimination, it is necessary to create the same conditions for EU citizens who are not Polish citizens as for Polish citizens in terms of the documentation necessary for them to submit during the electoral process.

It is worth noting that while in the field of elections to the European Parliament there is a flow of information between the electoral bodies of individual EU Member States regarding EU citizens exercising their right to vote, such regulation and practice does not take place at the level of local elections. It seems that this is not a mistake that has a huge impact on the course and results of the elections, because local elections are held at different intervals, and the terms of office of the authorities are not the same in all countries.

In addition, in order to fully respect the provisions of EU law on the prohibition of duplication of voting and/or standing for election, the flow of information between electoral administrations in individual countries should be strengthened, and even consideration should be given to the creation of an EU-wide unified electronic system to which independent electoral administrations from individual Member States would have access.

The notion of "flourishing democracy" may be too much of an exaggeration, but in my opinion, the development of democratic forms of governance is heading in the desired direction. The inevitable processes of fluctuation of cultures, market economies and globalization result in the fact that the concept of democracy must be constantly reconsidered, taking into account the current socio-economic conditions.

BIBLIOGRAPHIC REFERENCES

- Bucińska Jolanta, "Social human rights in the European Charter of Fundamental Rights," *Roczniki Nauk Prawnych*, no 1, vol 15 (2005).
- Charter of Fundamental Rights of the European Union, Official Journal C 2012. No. 362/02.
- Cimek Gracjan, "Toward a Globalizing Democracy," *Colloquium of the Faculty of Humanities and Social Sciences*, no. 2 (2010).

- Council Directive 93/109/EC of December 6, 1993 laying down detailed arrangements for the exercise of the right to vote and to stand as a candidate in elections to the European Parliament by citizens of the Union residing in a Member State of which they are not nationals, Official Journal of the EU.L 1993 No. 329, p. 34.
- Council Directive 94/80/EC of 19 December 1994 laying down detailed arrangements for the exercise of the right to vote and to stand as a candidate in municipal elections by citizens of the Union residing in a Member State of which they are not nationals, Official Journal of the EU.L 1994 No. 368, p. 38.
- Czakowska Marta, "The right of a citizen to participate in public life on the example of active electoral right in elections", *Twenty years of the Constitution of the Republic of Poland. Polish Constitutional Thought and International Democratic Standards*, edited by Jerzy Jaskiernia, Kamil Spryszak (Toruń: Adam Marszałek Publishing House, 2017).
- Czermińska Małgorzata, "Freedom of movement of persons in the European Union and human rights and freedoms. The Principle of Migration Freedom", *Krakow International Studies*, no 2 (2013).
- Frydrych Anna , „From , "a uniform electoral procedure for all member states to holding elections , "in accordance with the principles common to all member states,". *European Parliament , "direct voice" of a united Europe*, edited by Aleksandra Kustra, (Torun: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, 2009).
- Galster Jan, "Legal Status of the European Union," *Fundamentals of European Union Law*, edited by Jan Galster, (Torun: TNOiK Publishing House, 2010).
- Harasimiuk Dominika E. , "EU citizenship - an element of national, European identity or merely an additional status for citizens of member states?", *Ius Novum*, no. 3 (2017)
- Judgment of the Constitutional Tribunal of 11 May 2005, ref. no. K 18/04, OTK-A 2005, No. 5, item 49.
- Kiwior Damian, "The institution of citizenship of the European Union," (Rzeszów-Przemyśl: Publishing House of the Higher School of Law and Administration, 2013), 868, <https://wspia.eu/media/lhodni3b/79-kiwior-damian.pdf>, accessed 26.10.2023.
- Kondylis Panajotis, "The Global Economy, Global Democracy and the Global Struggle for the Distribution of Resources," *Studies in the History of Philosophy*, no. 3(6) (2015), translated by Lech Zielinski and Anna Ziolkowska, <https://doi.org/10.12775/szhf.2015.027>
- Kozłowski Krzysztof, "Selected Constitutional-Legal Aspects of the Electoral Rights of EU Citizens Who Are Not Polish Citizens," *Legal Journals of the Bureau of Sejm Analyses of the Chancellery of the Sejm*, no. 3(67) (2020), <https://orcid.org/0000-0002-7439-7165>, <https://doi.org/10.31268/ZPBAS.2020.52>
- Mucha Krzysztof, "Electoral rights of a citizen of the European Union," *Electoral Studies*, no. 29 (2020), DOI: <https://doi.org/10.26485/SW/2020/29/2>, <https://orcid.org/0000-0001-8382-8521>.

- Naleziński Bogumił, „Commentary to Article 62,” *The Constitution of the Republic of Poland. Volume I. Commentary to Articles 1-86*, edited by Marek Safjan and Leszek Bosek, (Warsaw: CH Beck, 2016), Legalis.
- Pyrzyńska Agata, "Electoral rights of citizens of the European Union countries residing outside their country of origin as a guarantee of the principle of sustainable development," *Sustainable Development - Scientific Debut 2015*, edited by Jakub Berezowski, Henryk A. Kretke (Racibórz: Publishing House of the State Higher Vocational School in Raciborz, 2016).
- Sokala Andrzej, Michalak Bartłomiej, Uziębło Piotr, *Lexicon of Electoral and Referendum Law and Electoral Systems*, (Warsaw: Wolters Kluwer, 2013).
- Stronk Rafał, "Electoral Rights of Foreigners in the Polish Legal Order," in *Current Challenges of Electoral Law*, edited by Marek Zubik, Jan Podkowik (Warsaw: Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego, 2021).
- Szewczyk Roman, "Charter of Fundamental Rights of the European Union," *Studia Elbląskie*, no 11 (2010).
- The Act of 5 January 2011 – the Electoral Code, i.e. Dz.U. of 2023, item 2408.
- The Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997 (*Journal of Laws of 1997*, No. 78, item 483).
- Treaty on the Functioning of the European Union of 25 March 1957 (*Journal of Laws of 2004* No. 90, item 864).
- Unity in diversity," <https://cordis.europa.eu/article/id/27389-unity-in-diversity>, accessed 26.10.2023.
- Wojciechowski Jacek, "The problem of unification of the electoral law to the European Parliament," *Space, Economics, Society*, no 3/1 (2013).
- Wójtowicz Krzysztof, "Democratic standards of the European Union and the Constitution of the Republic of Poland - experience of system practice", *Twenty years of the Constitution of the Republic of Poland. Polish constitutional thought and international democratic standards*, edited by Jerzy Jaskiernia, Kamil Spryszak (Torun: Wydawnictwo Adam Marszałek, 2017).

MARTA CZAKAWSKA

Attorney-at-law District Chamber of Legal Advisors in Bydgoszcz
Kujawy and Pomorze Univeristy in Bydgoszcz
m.czakowska@wp.pl

Orcid: 0000-0002-5839-9267



Doi: <https://doi.org/10.17398/2695-7728.39.217>

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LOS
ADOLESCENTES DETENIDOS EN CENTROS DE INTERNAMIENTO
DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA
ADOLESCENTES EN COLOMBIA. GARANTÍAS Y LÍMITES

*SEXUAL AND REPRODUCTIVE RIGHTS OF ADOLESCENTS
DETAINED IN INTERNMENT CENTERS OF THE ADOLESCENT'S
CRIMINAL RESPONSIBILITY SYSTEM IN COLOMBIA.
WARRANTIES AND LIMITS*

JULIE MARCELA DAZA ROJAS¹

Universidad Santo Tomás. Bogotá. Colombia

ANA MARÍA JIMÉNEZ PAVA²

Universidad Santo Tomás. Bogotá. Colombia

Recibido: 02/11/2023

Aceptado: 07/12/2023

¹ Abogada, Doctora en Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Docente investigadora de la Universidad Santo Tomás.

² Abogada, master en metodologías para la investigación en derechos humanos de la Universidad de Essex. Docente investigadora de la Universidad Santo Tomás.

Se extiende agradecimiento a Yorladys Morón Garzón y Maribel Benavides Chamorro, quienes fueron auxiliares de investigación del proyecto “Fortalecimiento de las garantías de los adolescentes y jóvenes dentro del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes en Colombia”, en el marco de la Convocatoria para el Fomento de la Investigación, la Innovación y la Creación Tomasina, FO-DEIN Multicampus.

RESUMEN

En este artículo se analiza el reconocimiento, respeto y garantía de los derechos sexuales y reproductivos por parte del Estado colombiano a los adolescentes bajo medida privativa de libertad en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA), derechos que a pesar de ser reconocidos constitucional y legalmente, encuentran muchos obstáculos en la práctica para ser ejercidos por sus titulares. La falta de garantía y ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos dentro del SRPA resulta en una limitación injustificada de este y otros derechos como el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la familia. Para el abordaje de este problema, se estudia la normativa nacional e internacional aplicable en la materia y el estado actual del ejercicio de tales derechos en los centros de atención especializada en los cuales la población del SRPA cumple la medida privativa de libertad.

Palabras clave: sistema de responsabilidad penal para adolescentes, adolescentes infractores, derechos sexuales, derechos reproductivos, sanciones pedagógicas.

ABSTRACT

This article analyzes the recognition, respect and guarantee of sexual and reproductive rights by the Colombian State to adolescents under deprivation of liberty in the Criminal Responsibility System for Adolescents (SRPA). These rights, despite being constitutionally and legally recognized, find many obstacles in practice to be exercised by their holders. This results in a unjustified limitation of this and other rights such as the free development of personality and the right to family. Therefore, we studied the applicable national and international regulations on the matter and the current state of the exercise of such rights in specialized care centers in which the SRPA population complies the deprivation of liberty.

Keywords: criminal responsibility system for adolescents, adolescent offenders, sexual rights, reproductive rights, pedagogical sanctions.

Sumario: 1. Introducción. 2. Derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes. 3. Libertad sexual. 4. Principios del derecho de la niñez, que orientan los derechos sexuales y reproductivos en los CAE. 5. Directrices, lineamientos y orientaciones para la atención integral a menores de 18 años y para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos en los CAE. 6. Derecho a la visita íntima para mayores de edad privados de la libertad. 7. Discusión. 8. Conclusión. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

En Colombia cuando un adolescente infringe la ley penal es investigado y juzgado por las autoridades que componen el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA). Como garantía a sus derechos se ha establecido que en caso de encontrarse responsable solo podrá ser privado de la libertad en circunstancias excepcionales y de acuerdo con las reglas contenidas en el Código de Infancia y la Adolescencia.

Ahora bien, no cualquier adolescente es objeto de estas medidas por lo que este artículo se limitará a los adolescentes que al momento de la ocurrencia del hecho objeto de sanción, tenían una edad entre 14 y 18 años, quienes se consideran sujetos de responsabilidad penal según la Ley 1098 de 2006 (Código de la infancia y la adolescencia -CIA) y por ende, tienen capacidad de responder por sus actos ante la ley.

El carácter de las medidas impuestas a los adolescentes es pedagógico, buscando que se tome conciencia de las consecuencias e implicaciones de los actos que realizaron, así como protegerlos en su calidad de sujetos de derechos. Para ello, se desarrolla un plan de atención individual con el acompañamiento de la familia y las redes de apoyo con las que cuenta el adolescente, lo que lo diferencia de las medidas que se imponen a los adultos. Además, en el caso de los menores de dieciocho años se privilegia el interés superior, garantizando la protección integral, así como la prevalencia de sus derechos.

Lo anterior implica que, al igual que los adultos, los adolescentes bajo medidas privativas de libertad en Centros de Atención Especializada (CAE) cuenten con un conjunto de derechos que deben ser garantizados durante el cumplimiento de la sanción, dentro de los cuales se encuentran los derechos sexuales y reproductivos.

Actualmente, no se habla mucho de la libertad sexual y en general de los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes con medida privativa de libertad, es por ello que en el presente artículo se indaga sobre dos asuntos importantes, el primero es; ¿cómo han sido regulados los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes bajo medida privativa de libertad, a nivel internacional y nacional en el SRPA y si la visita de pareja es ejercida o no en Colombia? Y el segundo, es si ¿los CAE vulneran los derechos fundamentales de los adolescentes privados de libertad en el SRPA al libre desarrollo de la personalidad y a la sexualidad, al no garantizar la visita íntima?

Para la comprensión de estas preguntas, en el presente artículo se definirá qué se entiende por libertad sexual, derechos sexuales y reproductivos y visita íntima o de pareja y se estudiarán las razones por las cuales se considera que, aún con la privación de su libertad personal, el adolescente puede ejercer sus derechos, sin más limitaciones que la convivencia en los centros y las reglas de funcionamiento que les imponen, es decir, para ellos existe la posibilidad de gozar de las visitas de sus parejas, así como tener, si así lo desean, intimidad sexual.

El método de investigación empleado es cualitativo, pues se quería comprender a profundidad una problemática social a partir del estudio de las principales fuentes de información disponibles sobre el tema desde un enfoque socio jurídico. Para ello, se llevó a cabo la revisión de los principales tratados internacionales y normas, así como los estudios y la producción académica principal sobre el tema. Igualmente, se llevó a cabo una entrevista a funcionarios del ICBF y a un directivo de un CAE para conocer sus perspectivas sobre el tema.

Los resultados del proceso de investigación se materializan en este artículo así: en la primera parte, se presenta el marco conceptual sobre la libertad sexual y los derechos sexuales y reproductivos. En la segunda, se habla de la libertad sexual y la limitación que se ha establecido para los menores de 18 años en pro de su protección. A continuación, se estudian las normas y jurisprudencia nacionales e internacionales que contienen los derechos sexuales y reproductivos, haciendo especial análisis de lo que se ha dicho respecto de las visitas de pareja cuando se trata de personas menores de edad. En la cuarta, se compara el tratamiento que se da a la libertad sexual y a las visitas íntimas de los adolescentes con la regulación para los adultos. Finalmente, se plantean un conjunto de conclusiones que permiten reafirmar la necesidad de garantizar los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes privados de libertad en Colombia.

Se espera que el desarrollo de este artículo permita avanzar en la discusión acerca del reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes privados de libertad como sujetos de derechos, quienes, si bien se encuentran bajo la tutela temporal del Estado, son merecedores de un trato digno y justo, sin limitaciones arbitrarias so pretexto de protección.

2. DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LOS ADOLESCENTES

Aun cuando estos conceptos se expresan como si fueran uno solo, es importante destacar que son conceptos diferentes que se complementan ya que el

segundo, derechos reproductivos, deriva del concepto de derechos sexuales. De ambos podemos decir que son derechos humanos inherentes a las personas sin distinción de raza, sexo, condición social, económica y cultural (ONU, 1994).

Los derechos sexuales se vinculan a la experiencia de la sexualidad de los seres humanos, es decir: al conjunto de condiciones que permiten decidir sobre el cuerpo y las prácticas sexuales de los individuos, manifestar los afectos y determinar con quién y de qué manera se desarrolla una relación afectiva y/o erótica, vivencias que terminan formando y construyendo la personalidad. Es por ello que hoy en día se habla de la sexualidad como una construcción social, más que como una vivencia meramente biológica, vinculada a los procesos físicos del sexo que tradicionalmente se asignan al nacer.

Los derechos reproductivos por su parte se relacionan con la posibilidad de que una persona auto determine sin coacción o violencia si quiere procrear, bien de forma natural o con asistencia científica, por ello se concibe como un derecho derivado de los derechos sexuales, en tanto que al decidir sobre el cuerpo y la forma como se vive la sexualidad, puede también tomarse la decisión de tener o no hijos.

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2008), ha defendido que los derechos reproductivos deben ser respetados, protegidos y garantizados por los Estados, en tanto que la reproducción es una necesidad humana, que parte del interés positivo de las personas de concebir, así como negativo de evitar la concepción, interrumpir voluntariamente un embarazo o realizar procedimientos para la esterilización, todo ello bajo la comprensión de que es un concepto dinámico que ha ido evolucionando conforme a la transformación de la sociedad.

El alcance de los derechos sexuales y reproductivos se concreta en doce derechos, dentro de los cuales se encuentran: el derecho a la vida, que incluye el derecho a no morir por causas relacionadas con el embarazo y el parto; el derecho a la salud reproductiva; el derecho a la libertad, seguridad e integridad personal, que comporta no ser sometido a torturas, tratos crueles o degradantes, a una vida libre de violencias y de explotación sexual; el derecho a decidir el número e intervalo de los hijos, que implica a su vez la autonomía reproductiva y a recibir asistencia médica; el derecho a la intimidad, en tanto que se pueden tomar decisiones libres, sin interferencias sobre la reproducción; el derecho a la igualdad y no discriminación; el derecho al matrimonio y fundar una familia, que en Colombia comporta también constituir una unión marital de hecho; el

derecho al empleo y a la seguridad social, especialmente en lo relacionado con la protección legal de la maternidad y paternidad, a no sufrir de acoso sexual, a no ser discriminado en el trabajo; el derecho a la educación; el derecho a la información adecuada y oportuna, especialmente sobre derechos y responsabilidades en materia sexual y reproductiva, entre otros derechos (IIDH, 2008).

Como se dijo, se parte de la consideración de que los seres humanos tienen derecho a tomar decisiones respecto de su vida sexual y reproductiva, es decir; de acuerdo con su fuero interno, autonomía sobre su cuerpo, sus emociones, su salud y su vida, todo ello a partir de sus vivencias sociales y culturales. Esto implica que podrán decidir cuándo inicia su actividad sexual conforme a los límites que establece la ley, podrán determinar su identidad de género, explorar su erotismo y placer, así como tomar decisiones sobre su reproducción, esto a partir de sus deseos, creencias, valores y comportamientos.

Igualmente, no puede dejarse de lado la consideración de que los derechos sexuales y reproductivos desarrollan otros derechos, como lo son la vida, salud, igualdad, autonomía personal, libertad, intimidad, conciencia, libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

Si bien está claro que la sexualidad y reproductividad son un derecho humano, ha habido un importante debate frente al ejercicio de este derecho en la etapa de la infancia y la adolescencia. Hay quienes consideran que este es un asunto de los adultos y que los padres, madres y cuidadores están llamados a regular la esfera privada de los niños y niñas para protegerlos de conductas abusivas e información que puede ser nociva para su adecuado desarrollo. Para otros, se trata de un derecho ligado a su condición de sujetos de derecho el cual tiene diversas manifestaciones, según las diferentes etapas del desarrollo de los niños niñas y adolescentes (ICBF, 2017).

Una postura intermedia reconoce la importancia que tiene la guía de los tutores y cuidadores en el acercamiento al tema de la sexualidad de las personas menores de edad, pero siendo respetuosos de su intimidad, libre desarrollo de la personalidad y expresión de los sentimientos, deseos y emociones, al tiempo que reconoce que este derecho se materializa en la infancia y adolescencia de diferentes formas. Así, para los niños, niñas y adolescentes los derechos sexuales y reproductivos implican: i) el respeto a la integridad física y a la ausencia de violencia, coacción o abuso de los niños, niñas y adolescentes; ii) acceso a servicios de salud que faciliten atender y prevenir las infecciones y enfermedades que puedan afectar la sexualidad; iii) contar con información oportuna y completa que les permita

explorar su sexualidad sin vergüenza, prejuicios o culpa; iv) expresar libremente la orientación sexual e identidad de género; v) contar con servicios educativos e información para garantizar la autonomía reproductiva y vi) contar con información apropiada para su etapa de desarrollo, que les permita decidir en la adolescencia si quieren tener relaciones sexuales y en qué términos y si quieren más adelante formar o no una familia, entre otras acciones (Profamilia, s.f.).

El Estado colombiano ha reconocido que los niños y niñas tienen derecho a “desarrollar una sana sexualidad que promueva el conocimiento de sí mismo y la autoestima, la construcción de la identidad sexual dentro del respeto por la equidad de los sexos, la afectividad, el respeto mutuo y prepararse para una vida familiar armónica y responsable” (Ley 115 de 1194, artículo 13, numeral d). Igualmente, ha señalado que los derechos sexuales y reproductivos, “como cualquier derecho humano, son inherentes a cada persona, sin importar su diversidad y están asociados al derecho a la intimidad y respeto a la confidencialidad (regulado desde la Ley Estatutaria), la cual garantiza confidencialidad de toda la información suministrada en el ámbito del acceso a los servicios de salud y de las condiciones de salud” (Ministerio de Salud y Protección Social, Profamilia y OIM, 2016).

Estos derechos han tenido un importante desarrollo en el ámbito internacional en la última década. Desde la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, de la cuál Colombia hace parte desde el año 1945, se han establecido un conjunto de principios fundamentales de los cuales se desprende que los niños y niñas tienen derecho a una protección especial que les permita gozar de oportunidades y servicios para un adecuado desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social, de manera saludable y normal, en condiciones de libertad y dignidad.

Por su parte, la Convención de los derechos del niño (CDN) a lo largo de sus 54 artículos, reconoce que los niños y niñas tienen derecho a su pleno desarrollo físico, mental y social, y a expresar libremente sus opiniones (UNICEF, 2006). Igualmente, tienen derecho a “no ser objeto de injerencias en su vida privada, su familia, su domicilio y su correspondencia, y a no ser atacado en su honor” (artículo 16).

El Comité de los Derechos del niño ha considerado que “las bases establecidas durante la adolescencia en términos de seguridad emocional, salud, sexualidad, educación, aptitudes, resiliencia y comprensión de los derechos tienen profundas consecuencias, no solo para el desarrollo óptimo de la persona, sino

también para el desarrollo social y económico presente y futuro (Comité de los derechos del niño, 2006).

Todo esto permite concluir que desde el enfoque de derechos humanos, es claro que los adolescentes tienen derechos sexuales y reproductivos, los cuales varían según sus edades y etapas de desarrollo. Igualmente, que no es solo obligatorio respetar los derechos sexuales y reproductivos, sino generar acciones concretas para que se permita su goce y ejercicio por parte de los Estados.

3. LIBERTAD SEXUAL

Se considera pertinente para el desarrollo del presente artículo no solo hablar de derechos sexuales y reproductivos, sino extraer de allí el concepto de libertad sexual, precisando que, si bien este último se utiliza más en el campo del derecho penal, permite desarrollar adecuadamente la pregunta de investigación planteada, toda vez que es una categoría que se ha utilizado para explicar el momento a partir del cual un adolescente puede tomar decisiones respecto de su sexualidad. Es por ello que se limita el análisis de este concepto a la consideración de que los mayores de 14 años pueden tomar decisiones autónomas sobre su sexualidad, más no se hará referencia alguna a los delitos sexuales.

Se puede entender como libertad sexual a la facultad para que las personas puedan determinar libremente y autorregular su vida sexual, esto en desarrollo de su voluntad y dignidad, entendiéndose entonces que implica poder disponer sobre el cuerpo, pero no de forma ilimitada sino limitada por la naturaleza y más allá por las previsiones que el sistema jurídico establece en pro de evitar una transgresión a este derecho por otras personas (PABÓN, 2005).

La libertad sexual, se concibe entonces como una facultad y derecho de elegir, aceptar, rechazar y auto determinar el comportamiento sexual, con necesaria sujeción a los conceptos éticos de la comunidad y al respeto de los derechos ajenos correlativos (PABÓN, 2005). En otros términos, se entiende que es el derecho de la persona para disponer de su cuerpo en lo erótico, como a bien tenga.

Otros consideran que esta es “la facultad de autodeterminación – voluntaria, intencional y consciente de la persona- ante los actos y relaciones inherentes a su vida sexual” (PABÓN, 2005).

Como una protección a los derechos individuales, se parte de considerar que “[e]ste derecho absoluto es inherente a todo ser humano, sin distinción de

sexo, edad, raza, religión o cualquier otro tipo de condición o estado. Obviamente, en la persona menor de edad o en la persona inconsciente, la capacidad de ejercicio se encuentra tan sólo latente o bloqueada, pero ello no significa la ausencia del derecho en tales individuos que adquieren plena idoneidad pasiva, ante delitos como la violencia sexual” (PABÓN, 2005).

Siendo así, todos los seres humanos gozan de esta protección y pueden ejercer la libertad sexual “entendida como la disposición autónoma y plena de las potencias sexuales del individuo para su propia satisfacción genésica, sin más limitaciones que el respeto a la libertad de las personas que deciden sobre su propia sexualidad” (VALENCIA, 2002).

Así las cosas, a partir de los 14 años, un adolescente está en condiciones para ejercer responsablemente su libertad sexual, ya que ha podido desarrollar conceptos que le permiten reflexionar acerca del significado de la sexualidad y la trascendencia de la misma. Al respecto, la doctrina considera que: “La libertad sexual se caracteriza, en consecuencia, por la existencia de una cierta capacidad intelectual para comprender el alcance del acto sexual y la facultad volitiva necesaria para consentir en él” (ESCOBAR, 2013).

Las limitaciones tienen una justificación, en tanto se espera que el menor de dieciocho años tenga la capacidad reflexiva suficiente para decidir acerca de su cuerpo y especialmente sobre su sexualidad. Para que esta decisión sea plausible se ha consensuado la edad mínima de 14 años, la cual va de la mano con la establecida para la capacidad progresiva.

Este último concepto invita a considerar que, a medida que un ser humano va creciendo, desde el punto de vista cronológico, se va dotando de herramientas, criterios y valores que le permitirán tomar decisiones pertinentes y adecuadas para su correcto desarrollo de vida y con el tiempo independizarse completamente de sus padres o sus representantes legales, al punto tal de que, luego de los dieciocho años, ya no requiera ninguna validación legal y tenga derecho a cometer sus propios errores.

La adquisición de capacidad progresiva está entonces vinculada al desarrollo cognitivo de los niños y las niñas, concepto que para el caso les permitirá decidir sobre su sexualidad a partir de los 14 años. El sistema legal colombiano actual niega cualquier posibilidad de decisión antes de dicha edad, considerando que ningún menor de 14 años podrá tomar decisiones y/o consentir sobre tener o no relaciones sexuales. No obstante, se precisa que esto no limita la posibilidad de que pueda vincularse de forma romántico-afectiva con otras personas.

Podría aducirse que la edad cronológica del menor de 18 años no necesariamente tiene que coincidir con su capacidad de reflexionar o de madurez intelectual, pero entendemos que debe existir un límite y, hasta que la sociedad no tome una decisión diferente, los 14 años indican la capacidad de decidir y/o ejercer la libertad sexual.

Es posible como lo afirma Guio (2020) que la realidad social desborde lo que ha previsto el derecho, lo cierto es que por ahora el sistema jurídico no ha considerado un criterio diferente en cuanto a la protección de los derechos de los niños y las niñas, el cual está fundamentado en la actualidad en el interés superior, concepto que se desarrolla más adelante.

Diversos instrumentos internacionales protegen los derechos de los adolescentes en conflicto con la ley penal, los cuales se han integrado a la normatividad nacional estos son: las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad o “Reglas de La Habana” (1990), las Reglas de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil o “Reglas de Riad” (1990), las Reglas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad o “Reglas de Tokio” (1990), las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores o “Reglas de Beijing” (1985), así como la Observación General de las Naciones Unidas No. 10 sobre los Derechos del Niño en la Justicia de Menores (2007).

Del estudio de las anteriores normativas, es claro que los Estados tienen el deber de respetar los derechos fundamentales de los menores de 18 años, así como el interés superior y la protección integral obligan a fomentar el ejercicio de los derechos de los adolescentes, procurando su bienestar físico y emocional. La salvaguarda de tales derechos comporta la posibilidad de que los adolescentes, aunque hayan sido objeto de la medida pedagógica en CAE, puedan ejercitar sus derechos sexuales y reproductivos y en consonancia, ejercer su libertad sexual, incluso como parte de su desarrollo integral y resocialización, pues no puede justificarse que con la privación de la libertad pedagógica se les nieguen los demás derechos que no han sido suspendidos.

Entonces, se debe tener en cuenta que el sistema establecido para administrar justicia en caso de menores de 18 años que han infringido la ley penal deba procurar su bienestar y garantizar una medida proporcional, protegiendo su intimidad y procurando que las limitaciones a sus derechos sean excepcionales (Ángulo y Escalante, 2009).

La situación jurídica de los adolescentes, por el hecho de no tener capacidad

legal conforme a las reglas civiles, no comporta la limitación a sus derechos fundamentales, por lo tanto, no se justifica en un orden constitucional como el de Colombia, la negación de visitas íntimas a los menores, tal y como se desarrollará más adelante.

El carácter específico del SRPA, si bien es especial y diferenciado del proceso de los adultos, no justifica la adopción de medidas transgresoras de los derechos fundamentales de los menores de los niños y las niñas, así como tampoco puede interpretarse de manera que se validen las intromisiones arbitrarias y las restricciones a los derechos. Es, por lo tanto, una interpretación errónea señalar que al no permitirle a los niños y niñas el desarrollo de sus derechos sexuales y reproductivos se está privilegiando su interés superior, pues no tiene nada de pedagógico su prohibición cuando el sistema legal válida estos derechos a partir de los 14 años.

4. PRINCIPIOS DEL DERECHO DE LA NIÑEZ, QUE ORIENTAN LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS EN LOS CAE

La Ley 1098 de 2006, constituye el principal instrumento jurídico que condensa los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Colombia, junto con el llamado bloque de constitucionalidad, del cual hacen parte instrumentos internacionales como la CDN. Se acude a ella como referente normativo que contempla los derechos de los niños y niñas, así como las obligaciones de la familia, el Estado y la sociedad en cuanto a su protección, las medidas de restablecimiento de derechos y los procesos tanto judiciales como administrativos que se desarrollan para que opere dicha protección o restablecimiento de derechos.

Dicha ley establece un modelo de protección integral de las personas menores de 18 años, reconociendo que “la circunstancia de estar creciendo no implica perder la condición de sujeto. Por el contrario, estos sujetos precisamente por esa circunstancia cuentan con algunos derechos extra además de los que tienen todas las personas. Ese es el fundamento, entre otros, de un sistema de responsabilidad penal juvenil” (Beloff, 2005, pág. 3).

Así, en la actualidad existe consenso frente a la condición de los niños y niñas como sujetos de derechos, lo cual implica que puedan tomar sus propias decisiones, en función de su edad y etapa de desarrollo y que puedan exigir al Estado la garantía de sus derechos, por sí solos o a través de sus representantes, dentro de los cuales se encuentran los derechos sexuales y reproductivos.

En cuanto a la protección de los niños, niñas y adolescentes frente a cualquier riesgo que afecte su formación y libertad sexual, si bien la familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en cuanto a su protección, es el Estado el encargado de velar por su garantía, restablecimiento e indemnización en caso de que sean vulnerados (ZÚÑIGA, 2005). Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha observado que:

Los niños, en virtud de su falta de madurez física y mental –que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos–, necesitan protección y cuidados especiales, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad (Corte Constitucional, 2012).

No obstante, si bien esta protección de los niños y niñas frente a cualquier situación de abuso es fundamental, también lo es el respeto y garantía del ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, según la edad, etapa de desarrollo y situación particular, sin que el argumento de la protección se vuelva una excusa para negar estos derechos.

En la garantía de los derechos mencionados, están al menos involucrados cuatro principios, interés superior, protección integral, prevalencia y exigibilidad de derechos, los cuales se desarrollarán a continuación.

De un lado, la **protección integral** se entiende como el deber del Estado de proteger los derechos sexuales y reproductivos de los niños y niñas de cualquier injerencia arbitraria por parte de sus agentes o de terceros mediante acciones concretas como la expedición de leyes o la creación de mecanismos para su exigibilidad. Al respecto, ha establecido la Corte Constitucional colombiana que

Constitucionalmente, el Legislador tiene la obligación de adecuar las normas existentes, de forma tal que (a) no desconozcan o violen los derechos fundamentales de los niños y (b) no dejen de contener las medidas adecuadas de protección que sean indispensables para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral. Además, el Legislador debe incluir aquellas otras normas que sean necesarias para asegurar el goce efectivo de todos los derechos reconocidos tanto en la Constitución como en los convenios y tratados a los que se ha hecho referencia (Corte Constitucional, 2004).

Así, las limitaciones impuestas a los derechos sexuales y reproductivos deben estar acordes al **interés superior**, más aún cuando se trata de

restricciones a los derechos fundamentales establecidas en las normas de funcionamiento de los CAE, las cuales deben ser interpretadas de la forma más favorable para los niños y niñas. Al respecto, la Corte Constitucional ha determinado que “[e]l principio del interés superior del menor opera como el criterio orientador de la interpretación y aplicación de las normas de protección de la infancia que hacen parte del bloque de constitucionalidad y del Código de la Infancia y la Adolescencia” (Corte constitucional, 2001).

Así mismo, debe tenerse en cuenta que los criterios para materializar el principio mencionado, son: En primer lugar, el interés del niño, niña o adolescentes en cuya defensa se actúa debe ser real, es decir, debe hacer relación a sus necesidades particulares y a sus aptitudes físicas y psicológicas. En segundo lugar, debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás, es decir que su existencia y protección no puede depender de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo. En tercer lugar, este se aplica cuando existen intereses en conflicto, lo cual requiere un ejercicio cuidadoso de ponderación, es decir de balance entre estos intereses. Y por último, debe demostrarse que dicho interés está orientado a lograr un beneficio jurídico superior, que favorezca el desarrollo pleno y armónico del niño, la niña o el adolescente (Corte constitucional, 1995).

Por otro lado, al afirmarse que sólo se restringe la libertad al imponerse al adolescente una sanción pedagógica, se debe atender a la **prevalencia de derechos**, teniendo que ponderar y resolver a favor de los intereses, necesidades y bienestar de los adolescentes sus peticiones para ejercer la libertad sexual. La prevalencia de los derechos no solo se tiene en cuenta para los conflictos de derechos, sino también para destacar la prioridad e importancia que deben tener los niños, niñas y adolescentes en el diseño de los lineamientos, normas que regulan la internación, así como en la ejecución de las sanciones pedagógicas en el SRPA. Al respecto, resalta la Corte Constitucional que:

De conformidad con nuestra Carta Política los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás. Este contenido normativo denota la intención del constituyente de colocar a los niños en un lugar primordial en el que deben ser especialmente protegidos, dada su particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida y que se encuentran en situación de indefensión, que requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado, y sin cuya asistencia no podrían alcanzar el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad (Corte Constitucional, 2001).

Por otro lado, el Estado está obligado a generar las condiciones que permitan la materialización de los derechos sexuales y reproductivos ya que, no solo se trata de impedir su vulneración por parte de los operadores de los CAE o cualquier otro actor, sino también garantizar en la práctica acciones concretas para que puedan ejercerlos de manera adecuada y segura.

5. DIRECTRICES, LINEAMIENTOS Y ORIENTACIONES PARA LA ATENCIÓN INTEGRAL A MENORES DE 18 AÑOS Y PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS EN LOS CAE

Como se ha dicho anteriormente, cuando un adolescente entre los 14 y 18 años infringe la ley penal incurriendo en una conducta punible sancionada por el Estado, puede ser objeto de internamiento en un CAE. Siendo esta una medida que se ha caracterizado como pedagógica, estos lugares tendrían la responsabilidad de proteger integralmente al menor de 18 años, buscando que cuando el niño egrese no vuelva a incurrir en dichas conductas.

El código de infancia y adolescencia regula en su libro II el SRPA, en los artículos 139 a 191, en los cuales se establecen las autoridades, reglas especiales de procedimiento, derechos y limitaciones. En particular, se establece que en los procedimientos seguidos contra los adolescentes deben aplicarse las normas internas, especialmente constitucionales, así como los instrumentos internacionales de derechos humanos. También se señala que los adolescentes tienen derecho durante el tiempo en que se ejecute la sanción a no ser aislados de sus amigos y familia, a recibir visitas y en general a que se le garanticen sus derechos. Por lo tanto, las normas internas de los CAE no podrían contener disposiciones que vayan en contravía de dichas disposiciones normativas.

La protección del Código de infancia y adolescencia se reglamenta en el Decreto 860 de 2010, el cual desarrolla el principio de corresponsabilidad y garantiza los derechos de los adolescentes, estableciendo que todas las actuaciones deben realizarse teniendo en cuenta el interés superior de los niños y las niñas.

Se precisa, para continuar con el desarrollo del problema de investigación planteado, que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) es el ente encargado de la ejecución de las sanciones impuestas por el Juez de responsabilidad penal para adolescentes, pero la modalidad de privación de libertad se contrata a través de operadores externos. En algunas regionales del ICBF este servicio es prestado por religiosos y en otras por particulares, los cuales deben

cumplir unos requisitos de funcionamiento que están establecidos en el lineamiento desarrollado por el ICBF para el desarrollo de las sanciones previstas para el SRPA, dentro de las cuales se establece que la finalidad de la sanción debe ser pedagógica, restaurativa y educativa.

El lineamiento plantea que el proceso de atención de los adolescentes tiene un nivel interno y externo. En cuanto al primero, se señala que debe generarse un proceso reflexivo que lleve al ofensor a evaluar cómo su comportamiento lo afectó a él, a su familia y a su comunidad para finalmente lograr su inclusión social. En el nivel externo, el proceso de reintegración del joven se realiza con el acompañamiento de la familia, redes de apoyo y los equipos profesionales de los centros, confeccionando el llamado Plan de atención individual, con el fin de lograr la reincorporación familiar y social.

Todo el proceso es guiado por enfoques, es decir; por referentes que les permiten a las instituciones, a través de sus equipos, orientar el cumplimiento de la medida. Dentro de los enfoques que orientan el SRPA se encuentran: *el enfoque de derechos*, que busca garantizar el goce efectivo de todos los derechos, más allá de la consideración de las necesidades del adolescente; *El enfoque pedagógico*, el cual permite que el adolescente desarrolle habilidades, aprendizajes y aptitudes que le permitan participar en sociedad de una forma más positiva; *el enfoque etario*, el cual considera la edad del adolescente para definir el tipo de intervención requerida, ya que no es lo mismo definir un programa de atención, acompañamiento y protección para un joven de 14 años que de 17; *el enfoque diferencial*, el cual reconoce que no todas las personas tienen las mismas condiciones económicas, sociales y culturales, y que las experiencias están trazadas por la raza, el sexo, orientación sexual, etc. Y *el enfoque restaurativo*, el cual promueve no solo que el adolescente sea consciente del daño causado y por lo tanto se responsabilice, sino también que repare y restablezca las relaciones y vínculos que se vieron afectados con sus actos.

Se destaca del lineamiento (ICBF, 2020) que se trabaja con el adolescente a partir de la esfera individual, familiar y social. No obstante, la esfera emocional/sentimental/romántica no se menciona, lo cual no quiere decir que en la práctica no se desarrollen acciones en este sentido, las cuales tengan en cuenta si este tiene un noviazgo, una unión marital de hecho o matrimonio. Es decir, sus propias relaciones romántico-afectivas quedarían en un segundo plano.

Lo que sí protege expresamente el lineamiento es la integridad sexual del adolescente, más que su libertad, ya que los profesionales que trabajan en las

instituciones están atados al código de ética en el que claramente se prohíbe el abuso, así como no denunciar o impedir denunciar una situación de dicha naturaleza (ICBF; 2020).

Como se señaló previamente, las instituciones operadoras deben elaborar un Plan de Atención Integral (PAI) en el cual se plantean las rutas para acceder a los servicios y los programas que se realizan para cumplir las medidas y lograr el restablecimiento de los derechos de los adolescentes. Deben además definir los acuerdos de convivencia que se realizan con los adolescentes dentro de los cuales debería establecerse la forma como se promueve y se garantiza el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, como una acción concreta del componente de trascendencia y sentido de vida que es construido en el PAI.

Si bien en el lineamiento no se dice nada respecto a cómo podrá darse el desarrollo de los derechos sexuales y reproductivos dentro de los CAE, se contempla el deber de fortalecer una cultura de cuidado para que los adolescentes ejerzan una sexualidad saludable, siendo los defensores de familia los encargados de este direccionamiento. Se establece que esta autoridad debe articularse con las instituciones para garantizar este derecho y específicamente que los operadores del servicio y demás actores del SRPA, deben tener en cuenta la sexualidad como un componente integral del desarrollo humano (ICBF; 2020). Lo que no queda claro es la forma en la que debe materializarse el ejercicio de la sexualidad en las instituciones, pues de lo contemplado allí el proceso es más que nada formativo.

Dice específicamente el lineamiento que se debe promover y garantizar el ejercicio saludable de la sexualidad, pero con acciones preventivas y pedagógicas, teniendo acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva.

EL ICBF, como ente rector del SRPA, ha establecido el deber de implementar en los CAE que ya tienen licencia de funcionamiento y en los que con posterioridad la obtengan, un espacio adecuado para los encuentros íntimos y que se intervenga la infraestructura actual. A pesar de ello, en muchos de los CAE no se cuenta aún con dichos espacios lo que genera que no se esté haciendo efectivo el derecho a la visita de pareja.

Adicionalmente, todos los CAE en los cuales se cumple la sanción pedagógica de los adolescentes, deben contar con manuales de convivencia, con el fin de regular la forma de dar cumplimiento a las normas del proceso restaurativo, así como resolver los conflictos que se presentan con los adolescentes. En ellos

se establecen las condiciones para las visitas familiares o lo que ellos denominan referentes afectivos.

A manera de ejemplo, en el Centro de Atención Especializada – Escuela de Formación integral “el Redentor”, el Manual de convivencia admite visitas de parejas sentimentales incluyendo a la novia(a), pero vinculadas a una actividad denominada “encuentro de novias”, que es coordinada por los equipos interdisciplinarios y que requiere la asistencia a talleres con el propósito que se dé una relación positiva que no afecte el proceso restaurativo ni la estabilidad emocional de los adolescentes. Formalmente se establece en el Manual la garantía de todos los derechos del menor de 18 años, incluidos los derechos a la dignidad, libre desarrollo de la personalidad, entre otros, pero no se evidencia que se establezcan expresamente las visitas íntimas.

De acuerdo con las entrevistas realizadas a operadores del SRPA a nivel regional (2022) en el marco de esta investigación, se reconoce que los adolescentes tienen derecho a las visitas familiares las cuales incluyen a las parejas de los/las adolescentes. Estas se desarrollan en algunos CAE en espacios abiertos o cerrados dentro del centro, al tiempo con otras familias, por lo cual no hay privacidad. En algunos casos se llevan a cabo encuentros de pareja en los cuales se dicta una charla o taller a los jóvenes. No obstante, no cuentan con espacios adecuados para realizar las visitas íntimas y mucho menos directrices claras para permitir tales encuentros.

Siendo así, la intimidad sigue estando referida más a un elemento interno y de espacio personal, que a la posibilidad de que el adolescente se pueda reunir con su pareja, en caso de tenerla, bien sea porque está en medio de un noviazgo, matrimonio o unión marital de hecho. Es decir, se sigue concibiendo como algo que se aspira tener, que se espera garantizar, quedando suspendido y, por ende, siendo vulnerados así los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes.

6. DERECHO A LA VISITA ÍNTIMA PARA MAYORES DE EDAD PRIVADOS DE LA LIBERTAD

El derecho a las visitas íntimas para las personas mayores de 18 años privadas de la libertad ha sido parte de la política penitenciaria y está relacionado con el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la intimidad personal y familiar y por lo tanto tienen carácter fundamental. Se concibe que este derecho está ligado también a la libertad de sostener relaciones sexuales y se garantiza en

tanto que este derecho no ha sido suspendido como consecuencia la privación de la libertad preventiva o definitiva, es decir que los centros carcelarios deben asegurar el ejercicio de este derecho.

Se precisa que con la imposición de la sanción penal, existen al menos tres previsiones sobre los derechos de la persona privada de la libertad, garantía absoluta, suspensión y restricción. Los derechos que deben garantizarse sin limitaciones son aquellos ligados a la vida y a la dignidad, tales como la salud, libertad de conciencia, debido proceso, entre otros. Los derechos que se suspenden son: el derecho a la libertad, libre circulación y locomoción, así como los derechos políticos como el voto. Finalmente, se entienden restringidos los derechos a la intimidad personal o familiar, la libertad de reunión y asociación, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho al trabajo, el derecho a la educación, la libertad de expresión y comunicación, pero su restricción debe ser proporcional y razonable, es decir; se regula su ejercicio más no se suspenden estos derechos.

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos, aprobada por Colombia mediante Ley 12 de 1972, establece que es un deber de los Estados Parte garantizar el ejercicio de los derechos de todo ser humano, bajo la comprensión de que toda persona privada de la libertad debe ser tratada con el respeto debido a su dignidad, la cual es inherente a su condición de ser humano (Artículo 5, numeral 2.), este derecho incluye la previsión de que no se pueden realizar injerencias arbitrarias o abusivas en la vida íntima y familiar, ni menoscabar sus derechos.

Por lo tanto, es una obligación del Estado colombiano garantizar la eficacia de aquellos derechos que no han sido suspendidos y entre ellos, el respeto por las visitas íntimas. Este tema ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional colombiana, la cual especialmente ha establecido que una persona que ha sido privada de su libertad conserva el derecho a escoger una pareja, así como mantener relaciones sexuales teniendo en cuenta los límites de salubridad, higiene, privacidad, seguridad y orden que establezcan los establecimientos cancelarios (Corte Constitucional, 2016).

Las visitas íntimas comúnmente se denominan visitas conyugales, pero se entiende que estas vinculan a las parejas constituidas por unión marital de hecho. Al respecto la Corte ha establecido que:

El derecho a la visita conyugal de las personas que se encuentran privadas de la libertad es una relación jurídica de carácter fundamental, derivada de otras garantías como son la intimidad personal y familiar y el libre desarrollo de la

personalidad en su faceta de libertad de sostener relaciones sexuales. Estos presupuestos hacen parte del proceso de resocialización al que está sometido el individuo y de su bienestar físico y psíquico. Debido a que las autoridades públicas tienen la obligación de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo de tales derechos, que no han sido suspendidos como consecuencia de la sanción penal, surge una íntima relación entre las garantías de los reclusos en centros carcelarios y la especial sujeción en la que aquellos se encuentran (Corte Constitucional, 2016).

El Código Penitenciario y Carcelario, ley 65 de 1993, modificado especialmente en el régimen de visitas por la Ley 1709 de 2014, establece que las visitas íntimas están reguladas por los principios de higiene y seguridad (Artículo 112) y que le corresponde a cada centro carcelario definir el régimen aplicable a las mismas en sus reglamentos. En el mismo sentido, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) en el Acuerdo 0011 de 1995, ha establecido que una salvedad para la no restricción de las celdas el día de visitas son precisamente las visitas íntimas. Allí se estipula que se concede una al mes, siempre que exista sujeción a las condiciones del establecimiento y que mientras no exista un espacio determinado para ellas, se puede realizar en las celdas o dormitorios de las personas privadas de la libertad (Artículo 29). La suspensión, de conformidad con el Acuerdo mencionado, solo es admisible en caso de que se incumplan las normas, prevenir contagio de una enfermedad, sanción al interno por falta grave o que el interno engañe para obtener este beneficio (artículo 37).

Conforme a lo anterior, se debe garantizar este derecho con los límites razonables ya mencionados, al ser un derecho puede ser reclamado por la persona privada de la libertad y es por ello por lo que en diferentes fallos de tutela se ha protegido el goce y disfrute efectivo de las visitas íntimas. Lo que lleva a considerar que el desarrollo de la sexualidad es una parte importante de los derechos fundamentales de las personas que han sido sancionadas o se encuentren preventivamente privadas de la libertad, pues se considera que es parte indisoluble del derecho a la vida, dignidad, libre desarrollo de la personalidad, para la Corte, su respeto comporta a la vez el desarrollo de su ejercicio.

7. DISCUSIÓN

Si bien es cierto que las personas menores de 18 años están sujetas a un régimen especial de protección que le permite el ejercicio de sus derechos y que tanto sus representantes legales como el Estado están llamados a ejercer tutela

sobre estos, dicha potestad no es ilimitada y debe materializarse en beneficio del interés superior del niño.

Para la Corte Constitucional colombiana los niños y niñas no son propiedad de sus padres, ni de la sociedad. Su vida y su libertad son de su exclusiva autonomía como sujetos de derechos. Así, desde que la persona nace es libre y la imposibilidad física de ejercer su libre albedrío no sacrifica aquella (Sentencia T-477 de 1995).

Trasladando esta máxima constitucional al ámbito de la privación de la libertad debe decirse que, si bien las personas están sujetas a la potestad del Estado mientras dure la sanción y que sus representantes legales son fundamentales para acompañar al adolescente en su proceso y restablecimiento de derechos, estos actores no pueden ejercer un control absoluto sobre los adolescentes de manera tal que nieguen sus derechos o los limiten arbitrariamente sin tener en cuenta su opinión, necesidades y expectativas (Corte Constitucional, sentencia T-477 de 1995).

Por otro lado, si bien derechos como la intimidad personal y familiar o el libre desarrollo de la personalidad pueden ser restringidos durante la privación de libertad otros como la dignidad humana no podrían serlo. Para la Corte Constitucional colombiana, lo anterior se encuentra justificado en la especial sujeción de la persona privada de libertad al Estado, ya que se pretende contribuir al proceso de resocialización y garantizar la disciplina, seguridad y salubridad en los centros privativos de libertad (Sentencia T-049 de 2016). No obstante, cualquier limitación impuesta a estos derechos debe estar justificada y en algunos casos debe ser autorizada por la autoridad competente. En síntesis, los adolescentes pueden hacer todo lo que no les esté prohibido o restringido justificadamente dentro del centro, de lo que se desprende también la libertad sexual.

No debe perderse de vista que, si bien los derechos sexuales pueden ser limitados mientras el adolescente cumple la sanción, esta potestad no puede ser arbitraria ni ejercerse de modo tal que se convierta en una regulación invasiva del comportamiento sexual de los sujetos. Por ello, las instituciones donde se encuentran cumpliendo la sanción pedagógica los adolescentes, so pretexto de protección, no podrían impedir que estos reciban visitas de sus cónyuges, compañeras(os) permanentes o las personas con las que tienen un noviazgo, o incluso que sostengan relaciones sentimentales-amorosas con sus propios compañeros, con más limitaciones que el respeto por los demás, la protección infantil, así como el orden y disciplina que deben observarse en dichos centros.

Así, no basta con que el Estado ofrezca capacitación, talleres y charlas sobre los derechos sexuales y reproductivos, sino que debe aclarar los procedimientos y medidas concretas que le permitan a los adolescentes bajo medida privativa de libertad ejercer su derecho a la visita de pareja dentro de los CAE, en un espacio adecuado, que garantice su privacidad.

En el informe sobre violaciones de los derechos humanos de los adolescentes privados de la Libertad (2015), la Defensoría del Pueblo verificó que existen intromisiones en el núcleo esencial del derecho a la intimidad de los adolescentes, así como en el de su familia, las cuales no tienen un sustento normativo que las valide, ni se encuentra respaldado en una ley o en órdenes judiciales y que este derecho debería garantizarse como un elemento indispensable para el bienestar de los menores de 18 años, obligación que comporta el desarrollo de espacios físicos e infraestructura que les permita ejercerlos.

La Corte Constitucional colombiana, refiriéndose a la visita de pareja en el caso de adultos privados de libertad ha observado que este es un derecho y una relación jurídica de carácter fundamental, derivada de otras garantías como son la intimidad personal y familiar y el libre desarrollo de la personalidad en su faceta de libertad de sostener relaciones sexuales. Estos presupuestos hacen parte del proceso de resocialización al que está sometido el individuo y de su bienestar físico y psíquico. Debido a que las autoridades públicas tienen la obligación de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo de tales derechos, que no han sido suspendidos como consecuencia de la sanción penal, surge una íntima relación entre las garantías de los reclusos en centros carcelarios y la especial sujeción en la que aquellos se encuentran (Corte Constitucional, 2016).

Por otro lado, ha precisado la Corte Constitucional que las visitas de pareja no se limitan a las personas con las cuales se encuentren ligadas por matrimonio o unión marital de hecho, “sino que allí caben todas las otras posibilidades existentes en torno a la forma en la que desee relacionarse el interno en su esfera privada. Ello va en línea con una lectura actualizada y en clave de derechos humanos de una norma que regula un aspecto de trascendental importancia en la vida del privado de la libertad, en tanto tiene derecho a disfrutar de una visita íntima con la persona que eligió para relacionarse afectiva y sexualmente” (Corte Constitucional, 2018).

Siendo así, es claro que los adultos tienen libertad y plena autonomía para desarrollar sus derechos sexuales y reproductivos y específicamente para tener visitas íntimas, sin que el Estado tenga injerencia en tal decisión, salvo para

determinar las condiciones de salud y seguridad de las mismas, por lo tanto, no son claras las razones que han llevado a que so pretexto de protección al menor de 18 años se les niegue este derecho y que se le suspenda también, especialmente si se tiene en cuenta el enfoque pedagógico de la medida.

La negación de la visita de pareja pone de presente la persistencia de la doctrina de la situación irregular en el SRPA puesto que se desconoce la esfera privada (sexual) del adolescente en pro de su “protección”. Esta mirada restrictiva de derechos se basa en una narrativa adulto céntrica según la cual, el interés jurídico del adolescente a ejercer su sexualidad sólo es protegible si el adulto considera que es bueno para él.

Así, teniendo en cuenta que, según establecen diversos instrumentos internacionales, a los niños y niñas en conflicto con la ley penal se deben otorgar como mínimo las mismas garantías que a los adultos (corte IDH, 2002), en el ámbito del SRPA los adolescentes, según su edad, etapa de desarrollo y situación personal, deberían poder gozar de los encuentros de pareja, en condiciones dignas y seguras como se prevé para los adultos. Claro está, teniendo como guía el interés superior y la protección prevalente.

En cuanto al ejercicio de la libertad sexual de las mujeres adolescentes gestantes se encuentra que, si bien se establece que estas pueden cuidar de sus hijos hasta los 3 años de edad (ICBF, 2019), no se contempla en los lineamientos de manera expresa un espacio para que puedan sostener visitas íntimas y gozar de privacidad con su pareja sexual. Tampoco queda claro si pueden utilizar los dormitorios individuales y si esto es permitido por los directivos de las instituciones.

A partir de las fuentes consultadas, puede concluirse que el ICBF, así como los operadores de los CAE, son conscientes de la necesidad de implementar herramientas y establecer una reglamentación que permita el desarrollo de los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes en los CAE que vaya más allá de la educación y la concienciación sobre el ejercicio de la sexualidad. Esto se evidencia en la incorporación en los lineamientos de la necesidad de definir dentro de la infraestructura de los CAE un área específica en la cual los adolescentes puedan compartir con sus parejas intimidad (ICBF, 2011).

No obstante, en la actualidad los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes privados de libertad siguen estando referidos más a la capacitación y educación sexual que al ejercicio de las visitas de pareja. Es decir, se sigue concibiendo como algo que se aspira tener y que se espera garantizar a futuro mediante la creación de las condiciones mínimas de infraestructura y reglas de

convivencia que permitan materializarlo en la práctica. Con ello, queda suspendido el ejercicio de la sexualidad y, por ende, se vulneran los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes.

Así, es importante reflexionar acerca de la importancia de los encuentros sexuales para los adolescentes y jóvenes bajo medida privativa de libertad ya que estos fortalecen los lazos familiares y la vida de pareja. Además, son espacios que les permiten a los jóvenes expresar sus sentimientos y deseos durante la privación de la libertad de manera sana y segura. De ahí la importancia de crear las condiciones para el ejercicio de estos derechos como una oportunidad de aprendizaje y construcción de responsabilidad y autonomía.

Esta reflexión es vital, especialmente si se tiene en cuenta que muchos adolescentes y jóvenes bajo medida privativa de libertad en el SRPA son ya padres y madres, con hogares conformados o con relaciones sentimentales en curso, situación que puede aprovecharse en beneficio de su proceso de reintegración y alentarlos a cumplirlo de la mejor manera para recuperar su plena libertad.

Además, es un deber del SRPA integrar todos los principios y normas constitucionales, así como interpretar todas las situaciones en clave constitucional, de forma tal que realmente promueva y restablezca los derechos del adolescente y que el proceso sea un escenario comunicativo, pedagógico y de garantías, que materialice los derechos de los niños y las niñas (Escalante y Reyes, 2020).

Con ello se concluye que tanto el ICBF como los CAE vulneran los derechos fundamentales de las y los adolescentes a la intimidad, libre desarrollo de la personalidad y a la sexualidad, al no regular claramente cómo se debe materializar el derecho a las visitas íntimas; al no disponer de los espacios adecuados para tales encuentros; no exigir la adopción de acciones concretas para que los adolescentes puedan materializar tales derechos dentro de los CAE y no brindar información oportuna a los adolescentes y sus parejas, para que puedan solicitar el ejercicio de este derecho.

8. CONCLUSIÓN

La legislación colombiana y los tratados internacionales de derechos humanos aplicables a los adolescentes en conflicto con la ley penal reconocen que si bien esta población encuentra temporalmente limitado su derecho a la libertad personal y a la libre circulación, derechos como a la vida, a la dignidad y a la no discriminación no pueden ser limitados injustificadamente. Si bien los derechos

sexuales y reproductivos pueden limitarse estos no pueden negarse pues están estrechamente vinculados con la vida digna, la dignidad, la igualdad y el derecho a la familia entre otros.

Durante la ejecución de la privación de la libertad el ICBF y los CAE tienen el deber de materializar las condiciones necesarias para que los adolescentes y jóvenes puedan ejercer sus derechos sexuales y reproductivos. No obstante, en la actualidad carecen de lineamientos y orientaciones claras para que los CAE hagan efectivo tales derechos.

Si bien algunos CAE desarrollan capacitaciones y encuentros familiares sobre los derechos sexuales y reproductivos las visitas de pareja no cuentan con las condiciones materiales y operativas necesarias para que se lleven a cabo en la práctica. Así, el ICBF y los operadores están incumpliendo las obligaciones internacionales sobre la materia al impedir que los adolescentes y jóvenes sostengan encuentros de pareja en condiciones dignas durante la privación de la libertad, como si sucede en el caso del sistema penal para adultos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Beloff, M. (2005). Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América latina.
- Comité de los Derechos del Niño (2016). Observación general N. 20 sobre la efectividad de los derechos del niño en la adolescencia.
- Corte Constitucional, Sentencia C-041 de 1994, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional, Sentencia T-408 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional, Sentencia T-477 de 1995, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional, Sentencia T-557 de 2001, M.P.: María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional, Sentencia C-507 de 2004, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional, Sentencia C-853 de 2009, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional, Sentencia T-260 de 2012, M.P.: Humberto Sierra Porto.
- Corte Constitucional, Sentencia T-686 de 2016, M.P.: María Victoria Calle.
- Corte Constitucional, Sentencia T-049 de 2016, M.P: Jorge Iván Palacio.
- Corte Constitucional, sentencia T-002 del 2018, M.P.: José Fernando Reyes.
- Corte IDH, opinión consultiva oc-17/2002, del 28 de agosto de 2002, condición jurídica y derechos de los niños.
- Escalante, E. y Reyes, M. S. (2020). Responsabilidad penal para los y las Adolescentes: Análisis de la ideología del control penal, garantía de derechos e idealismo penal. *Revista Misión Jurídica*, 13, (19). 252-269.

- Escobar, E. (2013), *Los delitos sexuales*, editorial Leyer, Bogotá.
- Defensoría del Pueblo. (2015). *Informe sobre violaciones de los derechos humanos de los adolescentes privados de la Libertad*.
- Foucault, M. (2007). *Historia de la Sexualidad. 1. La voluntad del Saber* (31. Ed). México: Siglo Veintiuno Editores.
- Foucault, M. (2007) *Historia de la Sexualidad. 2. El uso de los placeres* (31. Ed). México: Siglo Veintiuno Editores.
- Foucault, M. (2007) *Historia de la Sexualidad. 3. La inquietud de sí* (31. Ed) . México: Siglo Veintiuno Editores.
- Foucault, M. (2008). *Nacimiento de la biopolítica* (1ª. Reimpr). Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Giddens, A. (2006). *La transformación de la intimidad. Sexualidad, amor y erotismo en las sociedades modernas*. Madrid: Ediciones Cátedra.
- Guio, R. E. (2020), *La protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes*. En: Cardozo Roja, C.C., Daza Coronado, S.M (Eds). (2020) *Sujetos del derecho privado*. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia.
- Gonzales, G.A. y Escalante E.B. (2009). *Sistema de Juzgamiento en el proceso de responsabilidad penal para los y las adolescentes . Régimen de libertad: Captura y Medidas de Aseguramiento*. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- ICBF (2017). *Módulo 3. Derechos sexuales y reproductivos y prevención del embarazo en la adolescencia*. https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/modulo_3.pdf
- ICBF (2011). *Planeamiento urbanístico y estándares arquitectónicos para la infraestructura del sistema de responsabilidad penal para adolescentes en Colombia*. [online] Available at: <<https://www.icbf.gov.co/misionales/proteccion/responsabilidad-penal-adolescente>> [Accessed 16 June 2022].
- ICBF (2019). *Guía para la elaboración de conceptos mínimos y estándares arquitectónicos para la infraestructura del sistema de responsabilidad penal para adolescentes en Colombia*. [online] Available at: <<https://www.icbf.gov.co/misionales/proteccion/responsabilidad-penal-adolescente>> [Accessed 16 June 2022].
- ICBF (2020). *Lineamiento técnico modelo de atención para adolescentes y jóvenes en conflicto con la ley – SRPA*. [online] Bogotá. Available at: <<https://www.icbf.gov.co/misionales/proteccion/responsabilidad-penal-adolescente>> [Accessed 16 June 2022].
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2008). *Los derechos reproductivos son derechos humanos*. Editofarma S.A.
- Ministerio de Salud y Protección Social, Profamilia, Organización Internacional para la Migraciones – OIM (2016). “*Política Nacional de Sexualidad, Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos*”. Bogotá, Colombia, p. 47 – 48.
- Naciones Unidas (1994). *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el*

Desarrollo El Cairo, 5 a 13 de septiembre.

Pabón, P. A. (2005), *Delitos Sexuales. La sexualidad humana y su protección penal*, Ediciones Doctrina y Ley LTDA, Bogotá.

Profamilia (s.f.). “Día del Niño, una mirada a sus Derechos Sexuales y Reproductivos”, recuperado el 17 de junio del 2022 de: <https://profamilia.org.co/dia-del-nino-una-mirada-a-sus-derechos-sexuales-y-reproductivos/>

Sánchez, J. C. (2021). *El Ejercicio del Derecho a la Libertad Sexual de los Jóvenes Privados de la Libertad en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes*. <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/81177>

Valencia, J. E. (2002). *Delitos contra la libertad, integridad y formaciones sexuales*, segunda edición, editorial legis, Bogotá.

Zúñiga, Q. (2012), *Niños, Niñas y Adolescentes víctimas de explotación sexual en Cartagena 2005 – 2011*, Fundación terre des hommes – Lausanne & Grupo de investigación en derechos humanos de la universidad del rosario Ediciones Antropos LTDA, Bogotá.

JULIE MARCELA DAZA ROJAS

Abogada, doctora en Derecho y docente investigadora
Universidad Santo Tomás
juliedaza@usta.edu.co
Orcid: 0000-0001-8704-840X

ANA MARÍA JIMÉNEZ PAVA

Abogada y docente investigadora
anajimenezp@usta.edu.co
Orcid: 0000-0002-8504-4680



DETERMINING CRITERIA FOR *LIS PENDENS*
IN PARALLEL PROCESSING

CRITERIOS DETERMINANTES PARA LA LITISPENDENCIA
EN TRAMITACIÓN PARALELA

JURGITA GRIGIENĖ¹

Vytautas Magnus University. Faculty of Law. Lithuania

PAULIUS ČERKA²

Vytautas Magnus University. Faculty of Law. Lithuania

Recibido: 30/10/2023 Aceptado: 20/11/2023

ABSTRACT

As global participation in international relations increases, the incidence of international litigations. Given the diverse jurisdictional criteria in existence, the potential for parallel proceedings becomes apparent. The primary objective of this research is to analyse instruments suitable for preventing parallel proceedings and the requirements for them. One prominent mechanism is *lis pendens*, employed in

¹ Associate professor Jurgita Grigienė is practicing attorney at law. She obtained Transnational law certificate from Michigan State University Law School and associate professor in Vytautas Magnus University Law School, Kaunas, Lithuania.

² Associate professor Paulius Čerka is practicing attorney at law. He obtained Transnational law certificate from Michigan State University Law School and is associate professor in Vytautas Magnus University Law School, Kaunas, Lithuania.

accordance with uniform jurisdictional rules within the European Union. As litigations grow in complexity, litigants employ diverse means to protect their rights. This article specifically addresses the contemporary issue of applying the *lis pendens* principle to related but not identical proceedings (*la même cause et le même objet*). Through an analysis of the recent court practices of Lithuanian courts in applying *res judicata*, the article compares the *lis pendens* doctrine with other instruments designed to address conflicts of jurisdictions, such as *forum non conveniens*. The research reveals that a strict rule prioritizing the first case could lead to unfair outcomes.

Keywords: conflicts of jurisdictions, *lis pendens*, parallel proceedings, cause of action.

RESUMEN

A medida que aumenta la participación global en las relaciones internacionales, aumenta la incidencia de los litigios internacionales. Dada la diversidad de criterios jurisdiccionales existentes, se hace evidente la posibilidad de procedimientos paralelos. El objetivo principal de esta investigación es analizar los instrumentos adecuados para prevenir procedimientos paralelos y los requisitos para ello. Un mecanismo destacado es la litispendencia, empleada de conformidad con normas jurisdiccionales uniformes dentro de la Unión Europea. A medida que los litigios crecen en complejidad, los litigantes emplean diversos medios para proteger sus derechos. Este artículo aborda específicamente la cuestión contemporánea de la aplicación del principio de litispendencia a procedimientos relacionados pero no idénticos (*la même cause et le même objet*). A través de un análisis de las prácticas judiciales recientes de los tribunales lituanos en la aplicación de la cosa juzgada, el artículo compara la doctrina de la litispendencia con otros instrumentos diseñados para abordar conflictos de jurisdicciones, como el *forum non conveniens*. La investigación revela que una regla estricta que dé prioridad al primer caso podría conducir a resultados injustos.

Palabras clave: conflictos de competencia, litispendencia, procedimientos paralelos, causa de acción.

Summary: Introduction. 2. The principle of non bis in idem. 3. le même objet et la même cause. 4. Priority principle for the same parties. 5. Conclusions. Bibliographic references.

1. INTRODUCTION

As individuals increasingly participate in international affairs, there is a growing number of international litigations involving complex legal issues across different countries. This article aims to analyse the situation and provide insights on avoiding parallel proceedings in various jurisdictions. Parallel proceedings may result in several incompatible judgments.

Each country is sovereign and possesses the freedom to autonomously define the jurisdictional competence of its courts. The world exhibits a vast array of legal systems, each capable of establishing distinct jurisdictional criteria to delineate when courts will be competent to investigate a case. This autonomy emanates from principles of sovereignty and equality, signifying that other states are precluded from challenging the legal acts of sovereign states. The principle of sovereignty is established in the Charter of United Nations that „the Organization is based on the principle of the sovereign equality of all its Members.³

The principle of sovereignty was confirmed by PCIJ in case *Wimbledon* where it was stated, that state can limit its sovereignty by signing international treaty.⁴ Sovereignty is also used to describe the legal competence that a state has legislative competence within the national territory and jurisdictional competence to adjudicate the case. Jurisdiction defines the authority of courts and other tribunals to resolve disputes, rendering decisions that are binding and enforceable within their respective legal systems.

Thus, individual countries have the authority to establish the competence of their courts by imposing distinct jurisdictional criteria. For example, United States have determined that in order for court to exercise the personal jurisdiction the defendant must engage in systematic and continuous contact in that state⁵. English courts can exercise jurisdiction if defendant is physically present in the country when he was served with writ⁶. These criteria establish territorial jurisdiction. A territorially focused jurisdiction would no longer have much of a limiting function; it would largely follow the extent of state power⁷. In

³ United Nations. The Charter of United Nations” 1945 Art. 2.1

⁴ Case of the S.S. *Wimbledon, Britain et al. v. Germany* (1923) PCIJ

⁵ *Helicopteros Nacionales de Colombia, S. A. v. Hall*, 466 U.S. 408 (1984)

⁶ *Maharanees of Baroda v Wildenstein* [1972] 2 QB 283, Court of Appeal (England and Wales).

⁷ Nico Krisch, Jurisdiction Unbound: (Extra)territorial Regulation as Global Governance, *European Journal of International Law*, Volume 33, Issue 2, May 2022, Pages 481–514, <https://doi.org/10.1093/ejil/chaco28>

addition jurisdiction can be determined using other criteria in different countries such as domicile, habitual residence, location of property, place of performance of obligation, citizenship and others.

While there exist different jurisdiction criteria there could occur a situation when few country courts are competent to solve the same dispute. Due to the existence of different jurisdictional criteria in various states, a situation may arise when the courts of several states will be competent to hear the same dispute (positive conflict) or the court of no state will be competent to resolve the dispute (negative conflict). This situation is called a conflict of jurisdictions. The competition of jurisdictions is also resolved in domestic legislation by incorporating certain mechanisms of legal regulation.

This problem can be solved by signing bilateral or multilateral agreements on legal assistance or by adopting multilateral conventions, regulations unifying issues of international jurisdiction. The conflicts of jurisdiction can be solved by several mechanisms: *forum non conveniens*, *lis pendens* or *forum necessitatis*. For example, Rome IV Regulation on succession adopted by the EU provides for "*forum necessitatis*" in order to avoid a situation of "denial of justice".⁸ But application of *forum necessitatis* has limits. As it is decided by ECtHR in the case *Nait-Liman case*, where a Tunisian national subjected to arbitrary detention and torture by Tunisian authorities, sought justice outside his home country and initiated a civil case in Swiss courts against his torturer, invoking the *forum necessitatis* doctrine. However, the Court determined that Switzerland possessed a considerable margin of appreciation in regulating access to its courts. It concluded that the restrictive approach adopted by the Swiss courts did not surpass this margin.⁹

The recognition and execution of foreign judgments requires the creation and evolution of a system of mutual trust within the member states, through the assumption that all the states respect the fundamental rights of the European Union (hereafter EU), guarantee the fundamental freedoms, respect the European Regulations, and apply what is required by their national laws.¹⁰ This article aims to analyse the concept of *lis pendens*, examining both its drawbacks

⁸ Zhou, Jing. "The Forum of Necessity Doctrine in Comparative Private International Law." *Journal of Sociology and Ethnology* 5.2 (2023): 79-85.

⁹ *Nait-Liman v. Switzerland* (application no. 51357/07) 15 March 2018

¹⁰ Kalantzi, A. (2023). Parallel Arbitral Proceedings: An Analysis of the Issue of Parallel Arbitrations in International Commercial Arbitration within the European Legal Space. *The Italian Review of International and Comparative Law*, 3(1), 1-27. <https://doi.org/10.1163/27725650-03010001>

and advantages, and to compare it with other mechanisms such as *forum non conveniens*, assessing its application within the European Union. Article aims to reveal concept of identity of the claim and identity of “cause of actions” element necessary to apply *lis pendens* and shows the difference in comparison with *res judicata* institute in national laws. The novelty of article consist of presenting new trend in EU legislation, analyse of latest court practices and recommended model suggestions of ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure¹¹.

2. THE PRINCIPLE OF *NON BIS IN IDEM*

It is a rule of civil procedure law that courts may not hear cases in which there has been a final judgment of a court or arbitral tribunal rendered in respect of a dispute between the same parties, on the same subject matter and on the same grounds, or an order of the court accepting the plaintiff's abandonment of his claim or approving a settlement agreement concluded by the parties. Civil procedure law prohibits identical claims from being brought before a court¹². Once proceedings have been brought before the court, it is recognised that the right to bring an action in respect of an identical dispute has already been exercised. A person has the right to bring a case before a court in the absence of a negative presumption. If the right of action has already been exercised once, the court must refuse to accept the action. If such an action is brought, the proceedings are unlawful and the court must dismiss the case¹³. The grounds for refusal to accept an action provided for in the Code of Civil Procedure are based on the prohibition of repetition of identical claims before the court (Latin: *non bis in idem*) and on the legal force of a final judgment of a court or an arbitral tribunal.

Even if from the first glance it seems obvious but in practically is occurs difficulties to apply and determine where the case has the same Cause of action.

The plaintiff filed a lawsuit with the court asking for the judgment of the property acquired from the defendants without grounds, because the plaintiff

¹¹ ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure// <https://www.unidroit.org/instruments/civil-procedure/eli-unidroit-rules/>

¹² Commentary of Civil Procedure. Vilnius. Justitia.2004.P 310

¹³ Driukas, Artūras, et al. "Lietuvos Respublikos civilinio proceso kodekso komentaras: II dalis: procesas pirmosios instancijos teisme; III dalis: teismų sprendimų ir nutarčių teisėtumo ir pagrįstumo kontrolės formos bei proceso atnaujinimas: II tomas." (2005). P. 146

repaired his mother's garden house where he lived, and the court annulled the purchase and sale agreement of the garden house. However, the plaintiff had previously filed a claim for the improvement of the garden shed.

A legal question arose in the case, whether under the same factual circumstances between the same parties, it can be stated that the claim to compensate for the costs of improvement of the object is an identical claim for unjust enrichment of the defendants? The Supreme Court of Lithuania stated that the lawsuits are not identical. In order to establish the coincidence of the grounds of claim, not only the factual circumstances stated in each claim must be assessed, but the legal norm on which the respective claim is based must also be taken into account. Even if the factual circumstances coincide, but the legal norm on which the claim is based differs, there will be no legal basis for establishing the coincidence of the claim¹⁴.

In another case Klaipėda District Court approved the settlement agreement concluded by the plaintiff and the defendants. In the settlement agreement, the plaintiff undertook to pay the debt to the defendants, and for the use of the defendants' funds, the plaintiff additionally undertook to pay annual interest. The plaintiff did not pay the defendants the entire debt, so the interest stipulated in the settlement agreement was collected from him during the execution process. The plaintiff filed a second claim against the defendants for damages and relief from his obligation to pay interest under the settlement agreement, since the debtor could not fulfill the obligation due to the fault of the creditor, because they deliberately created obstacles for him to pay the full amount of the debt in order to receive interest from the plaintiff. A legal question arose in the case, whether a claim for changing the terms of a settlement agreement, which is confirmed by a court order, should be considered an identical claim?

The Supreme Court of Lithuania stated that the legal validity of the settlement agreement depends on whether it is approved by a court order or only by the signatures of the parties that concluded it. When the settlement agreement is concluded by its parties and has not been approved by the court, its validity, change, challenge, execution, etc. questions are subject to the general rules of transaction and contract law and the procedure established therein. Meanwhile, a settlement agreement approved by the court has the force of a final court decision (lat. *res judicata*) for its parties. In the practice of the

¹⁴ The decision of Lithuanian Supreme Court 2021-11-04 in the case No. e3K-3-272-1075/2021, R. G. v. V. L. ir R. T.

court of cassation, it has been established that the settlement agreement approved by the court is equivalent to the legal force of the court decision according to the law.

After the parties settle the dispute amicably, conclude a settlement agreement through mutual concessions and the court approves it, the agreement acquires the force of *res judicata*, becomes an enforceable document and is enforced according to such wordings and only to the extent specified in the court's procedural decision on its approval. After the court ruling approving the settlement agreement, the civil case is terminated. This means that the case is closed without making a decision on the merits of the dispute and prevents the re-examination of this dispute in court. Thus, the courts rightly refused to consider the case as identical to the dispute concluded by a valid court order.¹⁵ Similar approach is suggested to apply in EU legislation and it is suggested that the EU lawmaker should clarify that an approval of a settlement by a court transforms it into a 'judgment' under Article 2(a) of the Brussels Ibis Regulation¹⁶.

In one more recent case the court decided to oblige the defendant G.J. to sell ordinary registered shares of UAB "Salinta" to the plaintiff B.A. at a set price, because when the shareholders disagree, such a measure can be applied that one shareholder must have everything. The plaintiff filed another case and asked to determine that the share price is 0 because the company went bankrupt, i.e. circumstances have fundamentally changed. Legal question was raised in the court whether a person, in a another case than the determination of the forced sale price of shares, can make a claim for the change of the sale price of the company's shares determined by a court. Plaintiff asked to apply analogy the provisions of contract law that the contract can be modified in the event of a change in circumstances.

The court ruled that the court decision, which has become binding on the persons involved in the case, also has the force of *res judicata* (settled case). Legal acts stipulate that once the court's decision, order or resolution has entered into force, the parties and other persons who participated in the case, as well as their successors in rights, can no longer bring the same claim in court on

¹⁵ The decision of Lithuanian Supreme Court 2021-10-13 Case No. e3K-3-244-469/2021 E. K. v. R. B. ir I. B.

¹⁶ Hess, Burkhard and Althoff, David and Bens, Tess and Elsner, Niels and Järvekülg, Inga, The Reform of the Brussels Ibis Regulation (November 15, 2022). MPILux Research Paper 2022(6), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4278741> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4278741>

the same basis, as well as dispute the facts established by the court in another case and legal relations; this legal norm enshrines the *res judicata* power of the legalized court decision, and therefore refused to accept the plaintiff's request. A judgment cannot be changed like a contract due to a change in circumstances.¹⁷

The question of the identity of the claim is not easy to determine. Actions can be recognised as identical only if there is complete identity of the three elements - the parties, the subject-matter of the action and the factual basis of the action. If at least one of these elements does not coincide, the actions cannot be considered identical.

According to the newest decisions of Lithuanian courts it is established, that *res judicata* principles applies to the settlement agreement, confirmed by court. If the settlement agreement was confirm by court so this prevents parties from re-examination of this dispute in court. Also once the court's decision, has entered into force, the parties, can no longer bring the same claim in court on the same basis, even thought the factual circumstance have changed as it possible to alter contracts. But *res judicate* do not applies in the case when the factual circumstances coincide, but the legal norm on which the claim is based differs, there will be no legal basis for establishing the coincidence of the claim. So it is important to mention that the same claim is defined very strictly. In order for claim to be treated as the same the legal basis of claim must be same and if parties change legal basis for the claim the claim is not treated as identical.

3. LE MÊME OBJET ET LA MÊME CAUSE

The question is clear when the dispute is national but how to solve conflicts of jurisdiction when case has international element? This question is solved at European Union level. First member of the European Economic Community concluded the Brussels Convention in 1968, addressing jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters.¹⁸ “The instrument that was the cornerstone of the Brussels regime – the 1968 Brussels Convention – was adopted with the primary purpose of ensuring the free movement of judgments within the common market. The harmonized rules on jurisdiction

¹⁷ Decision of Lithuanian Supreme Court 2022-06-23 Case No. e3K-3-180-403/2022 B.A. v. G.J.

¹⁸ 1968 Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters /* Consolidated version CF 498Y0126(01) */ *OJ L 299*, 31.12.1972, p. 32–42

and the recognition and enforcement of judgments are crucial for ensuring the integrity of the Brussels regime and avoiding conflicting judgments originating in different Member States¹⁹. Convention was replaced by Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Brussel I)²⁰. Finally the Regulation was repealed by the Regulation No 1215/2012, which started to apply from 10 January 2015 (Brussel I^{bis})²¹. One of the objectives identified in the Brussel I^{bis} is set in the preamble which states that:

“The Union has set itself the objective of maintaining and developing an area of freedom, security and justice, inter alia, by facilitating access to justice, in particular through the principle of mutual recognition of judicial and extrajudicial decisions in civil matters. For the gradual establishment of such an area, the Union is to adopt measures relating to judicial cooperation in civil matters having cross-border implications, particularly when necessary for the proper functioning of the internal market.”

The main principle of jurisdiction according to Brussel I^{bis} is defendant's domicile. The principle of '*actor sequitur forum rei*,' signifying the legal inclination toward the defendant, holds greater significance in the international arena than it does in domestic law. Generally, it is more challenging to mount a defence in the courts of a foreign country than in those of another locality within one's home country. But Brussel I^{bis} set a list of alternative jurisdiction criteria such as the place of performance of contractual obligation, the place of harmful event, the place of branch and ect.

Art.29 of Brussel I^{bis} establishes “where proceedings involving the same cause of action and between the same parties are brought in the courts of different Member States, any court other than the court first seised shall of its own motion stay its proceedings until such time as the jurisdiction of the court first seised is established”.²²

¹⁹ Hamed, Alavi and Tatsiana, Khamichonak. "A Step Forward in the Harmonization of European Jurisdiction: Regulation Brussels I Recast" *Baltic Journal of Law & Politics*, vol.8, no.2, 2016, pp.159- 181. <https://doi.org/10.1515/bjlp-2015-0023>

²⁰ Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters *OJ L 12, 16.1.2001, p. 1–23*

²¹ Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast) *OJ L 351, 20.12.2012, p. 1–32*.

²² Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial

So the first prerequisite for the application of the *lis pendens* rule is that an identical or related dispute must be pending simultaneously in the courts of different States. This could be understood as "*cause of action*" to describe such identity. The French term "*le même objet et la même cause*", chosen by the researchers, is broader and describes both the cause of action and the subject matter. Therefore, a claim based on a specific contract for damages against the defendant for the defective performance of the contract and a counterclaim for the termination of that contract on the ground of lack of authority of representation will have to be regarded as identical.

Art. 30 of Brussel I^{bis} stipulates, that "actions are deemed to be related where they are so closely connected that it is expedient to hear and determine them together to avoid the risk of irreconcilable judgments resulting from separate proceedings".²³ So there is no requirement that action will be identical.

The content of the specific claim brought is irrelevant to the determination of the identity of the dispute, i.e. the essential element on the basis of which the identity of the case is determined is the ground of the claim brought. Identity does not imply identity of the claim and its cause of action, but only identity of the factual basis of the claim. Detailing the meaning of *lis pendens* and the interconnection of disputes, provides that "proceedings shall be deemed to be related when they are so similar that it is appropriate to hear and determine them together in order to avoid the risk of inconsistent judgments which would result from the proceedings being heard separately". In other words, what is required is not complete identity, but a link between the causes of action such that the possible divergent judgments in the cases would be incompatible with each other.

The concept of related actions is explained by preliminary ruling of European Court of Justice.

A German company initiated legal proceedings in Germany against an Italian buyer to secure payment for the purchase price. The Italian buyer filed a lawsuit in Italy, seeking a declaration that the contract was invalid due to the revocation of the order before it reached the seller for acceptance. The German company invoked the "*lis pendens*" objection. The Corte di Cassazione (Italian

matters (recast) *OJ L 351, 20.12.2012, p. 1–32*.

²³ Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast) *OJ L 351, 20.12.2012, p. 1–32*.

Supreme Court) referred the matter of interpreting the "*lis pendens*" concept to the European Court of Justice (ECJ) for a preliminary ruling. The ECJ clarified that a situation of "*lis pendens*" occurs when the two actions involve the same parties, the same cause of action, and the same subject matter. These terms must be interpreted independently. In this case, since it was established that the actions involve the same parties and share the same cause of action, the focus shifts to determining if the two actions concern the same subject matter. The ECJ asserts that although an action for enforcing a contract (payment of the purchase price) and an action for rescission or discharge of a contract have different objectives, they share the same subject matter because the central question is whether the contract is binding. Therefore, "*lis pendens*" arises under the Brussels Convention when one party files an action in a Contracting State seeking the rescission or discharge of an international sales contract while the other party's action to enforce the same contract is pending before a court in another Contracting State²⁴.

In another case *HanseYachts*, a German manufacturer of motorboats and yachts had sold a boat to its French dealer, Port D'Hiver Yachting. Subsequently, Port D'Hiver Yachting resold the boat to SMCA. After damage was detected in the boat's engine, SMCA initiated interlocutory proceedings before the Marseilles Commercial Court in France, naming Port D'Hiver Yachting and *HanseYachts*, among others, and seeking measures of inquiry and preservation of evidence. Later a substantive application for compensation for the alleged loss was filed before the French courts. During the interim period, after the initiation of interlocutory proceedings but before the commencement of substantive proceedings, *HanseYachts* filed an action before a German court seeking a negative declaration, asserting that it was not liable for the incurred loss. Challenging the German proceedings, Port D'Hiver Yachting and SMCA contended that Articles 27 and subsequent provisions of the Brussels Regulation mandated the German court to stay its proceedings, as it was not the first court seized of the matter. In response, the German court referred the matter to the European Court of Justice (ECJ) for a preliminary ruling. In its judgment, the ECJ scrutinized the French statutory provision allowing a party to request interlocutory proceedings (Article 145 of the French Code of Civil Procedure). The ECJ determined that, despite a connection between the interlocutory

²⁴ Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 8 December 1987. *Gubisch Maschinenfabrik KG v Giulio Palumbo*. Case 144/86.

proceedings and the substantive proceedings, both were independent of each other. Consequently, the ECJ held that the Brussels Regulation did not prohibit the initiation of legal proceedings in a second Member State, even if interlocutory proceedings had already been initiated in the same dispute before the courts of a first Member State. Therefore, the legal proceedings initiated by HanseYachts before the German court were deemed valid by the ECJ.²⁵

In one more case where four German insurance companies and Kronos AG, a German insured company, against Samskip, a German subsidiary of Samskip Holding BV was involved. The dispute revolves around Samskip's delivery of a brewing installation to Cerveceria Cuauthemoc Monezum, a Mexican entity. The claimants seek compensation for alleged damage during transport. Similar actions in Belgian courts were dismissed due to an exclusive jurisdiction clause favouring Icelandic courts in the bill of lading. Samskip contends the Belgian judgment, stating Icelandic courts have jurisdiction, binds the referring German court under Arts 32 and 33 of Brussels I. The claimants argue the binding effect is limited to the lack of jurisdiction. The referring court seeks clarification from the CJEU. The CJEU, asserts that a judgment on jurisdiction and the validity of a clause binds other MS courts, encompassing both the operative part and the reasoning supporting it. This decision establishes a uniform definition of *res judicata*.²⁶

The aforementioned principle should extend beyond the application of provisional measures to encompass situations where the court deliberates on the annulment or modification of such measures. The *lis pendens* rule should be adhered to, stipulating that only one court at a time should adjudicate on the application of these measures. Failure to do so may result in scenarios where litigants seek rulings from foreign courts to secure the most advantageous outcomes on these matters²⁷.

In one more case the tanker Prestige sank near the Spanish coast and legal dispute arose between the victims and the insurer. The insurance contract included an arbitration clause designating London as the seat of arbitration.

²⁵ Judgment of the Court (Second Chamber) of 4 May 2017 HanseYachts AG v Port D'Hiver Yachting SARL and Others Case C-29/16

²⁶ Judgment of the Court (Third Chamber), 15 November 2012. Gothaer Allgemeine Versicherung AG and Others v Samskip GmbH. Case C-456/11.

²⁷ Doržinkevič, Artur and Sukhorukov, Ivan. "Effective Application of Provisional Measures under the Brussels Ibis Regulation" Socrates. Rīga Stradiņš University Faculty of Law Electronic Scientific Journal of Law., vol.2023, no.1-26, 2023, pp.75-81. <https://doi.org/10.25143/socr.26.2023.2.75-81>

Despite this, the victims initiated legal proceedings in the Spanish court. Subsequently, the insurer sought to enforce the arbitration clause by filing a claim before the London arbitral tribunal. The London arbitral tribunal ruled that Spain's claim fell under English law, obliging Spain to adhere to the arbitration clause. Following this, the Spanish court held the insurer liable and a Spanish judgment was issued. Seeking recognition in the United Kingdom, the Spanish judgment was brought before the English High Court, which, in turn, referred a question to the Court of Justice of the European Union (CJEU).

The question pertained to whether an English judgment confirming the enforceability of an arbitral award should be considered a "judgment" for the purpose of recognition and enforcement. The CJEU, in its judgment C-700/20 of 20 June 2022, established that a judgment based on an arbitral award should be understood as a "judgment." This implies that the English High Court could potentially refuse to recognize an inconsistent judgment. However, the CJEU introduced a crucial exception, stating that this rule does not apply if the recognition decision would lead to a result contrary to the fundamental provisions and objectives of the Brussels I Regulation. In this specific case, the CJEU found that the arbitral award and, by extension, the English judgment violated the fundamental provisions and objectives of the Brussels I Regulation. This was because the English High Court failed to consider the earlier proceedings in Spain, breaching the *lis pendens* rule outlined in the Brussels I Regulation. Consequently, the English High Court's decision not to take into account the ongoing proceedings in Spain was deemed inconsistent with EU law, leading to potential challenges in recognizing and enforcing the Spanish judgment in the United Kingdom²⁸.

From these decisions we can draw conclusion that interlocutory proceedings and substantive proceedings are not treated related actions and *lis pendens* was not used. While action for payment of the purchase price and an action for discharge of a contract share the same subject matter therefore, *lis pendens* can be used. In addition court judgment on jurisdiction establishes *res judicata* and is mandatory to parties and takes right from parties to initiate repeated process. Arbitral award in another member states also constitutes *res judicata*. But infringement of *lis pendens* rules can be basis for non recognition of decision.

²⁸ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 20 June 2022 London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Limited v Kingdom of Spain. Case C-700/20

4. PRIORITY PRINCIPLE FOR THE SAME PARTIES

The other prerequisite for applying *lis pendens* is the same parties. According to the facts of one case a cargo owned by (respondents) was carried by boat the Tatry, owned by Zegluga Polska Spolka Alceyjna (appellants), from Brazil to Rotterdam and Hamburg. The cargo was allegedly contaminated during the voyage. Legal actions were initiated in the Netherlands and the United Kingdom by the appellants and respondents. But the defendants were not identical parties and the questions was transferred to European Court of Justice for preliminary ruling. ECJ stated:

“where two actions involve the same cause of action and some but not all of the parties to the second action are the same as the parties to the action commenced earlier in another Contracting State, the second court seised is required to decline jurisdiction only to the extent to which the parties to the proceedings before it are also parties to the action previously commenced; it does not prevent the proceedings from continuing between the other parties”.²⁹

So European Court of Justice clearly identified that *lis pendens* can only toward the same parties. If one party is new so *lis pendens* principle can not be applied.

The fundamental principle of *lis pendens* is based on the priority of the case first brought. While this principle has the obvious virtue of its definiteness and the simplicity of the rule, it also has the disadvantage of making the rule rigid and inflexible. This conception of the *lis pendens* rule can often lead the defendant to take a pre-emptive first step, called his "negative admission" that he has no obligation. Or to encourage the defendant to start proceedings first in a jurisdiction more favourable to him. A "rush to judgment" can adversely affect the defendant if the law is applied in a way that he or she does not feel closely connected to and that does not take into account his or her interests. The principle of *lis pendens* can lead to abuses where one party is tempted to go to court first, thus choosing the jurisdiction. In contrast, in common law countries, the doctrine of *forum non conveniens* does not give greater weight to the so-

²⁹ Judgment of the Court of 6 December 1994. The owners of the cargo lately laden on board the ship "Tatry" v the owners of the ship "Maciej Rataj". Case C-406/92. *European Court Reports 1994 I-05439*

called court of first instance, so the debtor cannot abuse his choice of forum.

The fundamental principles of *forum non conveniens* was laid in the case of *Spiliada Maritime Corporation v Cansulex Ltd*. A stay will be granted based on *forum non conveniens* only if the court is convinced that an alternative forum, possessing jurisdiction, exists and is the more suitable venue for the trial of the action. This may be a forum in which the case can be more appropriately adjudicated for the interests of all parties involved and the interests of justice³⁰. However, *forum non conveniens* is not permissible within the European Union, as affirmed in the ruling of the European Court of Justice (ECJ) in *Andrew Owusu v N. B. Jackson*. The ECJ determined that jurisdiction rules grounded in the defendant's domicile are mandatory and immune to any deviation, unless legal acts explicitly authorize derogation from this principle. Exceptions based on the *forum non conveniens* doctrine are disallowed, as the doctrine is incompatible with the mandatory jurisdictional system established by the Convention³¹.

Other countries use other criteria to select suitable court where there are conflicts of jurisdiction. "The Model Act ultimately amounts to an overarching rule for selecting the appropriate forum and treatment of subsequent parallel proceedings by generally allowing the first forum with jurisdiction over a dispute to determine the appropriate treatment but not necessarily to force the litigation to occur in that first forum." ³² While in EU factors such as convenience of parties and length of litigation is not evaluated as it was decided in one case where an Austrian company engaged in the sale of children's clothing to an Italian company over an extended period. Following this business relationship, the Italian company initiated legal action in Italy, aiming to obtain a verdict declaring the termination of their contractual agreement. In response, the Austrian seller initiated legal proceedings in Austria, with the objective of securing payment for unpaid invoices from the buyer.

The Austrian court, invoking Article 21 of the Brussels Convention, opted to temporarily halt the legal proceedings, awaiting the determination of

³⁰ *Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd* [1986] UKHL 10, [1987] AC 460

³¹ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 1 March 2005. *Andrew Owusu v N. B. Jackson*, trading as "Villa Holidays Bal-Inn Villas" and Others. Case C-281/02.

³² Teitz, Louise Ellen, *Tying Parallel Proceedings to Judgment Recognition: Harmonizing Cross-Border Dispute Resolution* (July 10, 2023). *New York University Journal of International Law and Politics (JILP)*, Forthcoming, Roger Williams Univ. Legal Studies Paper No. 217, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4505554>

jurisdiction by the Italian court. Subsequently, the Austrian company filed an appeal. Concerning the interpretation of *lis pendens* rule, the European Court of Justice (ECJ) asserts that the second-seized court, whose jurisdiction is claimed through a jurisdiction agreement, is obligated to suspend the proceedings until the first-seized court declares itself as lacking jurisdiction. Additionally, the provisions of *lis pendens* must be adhered to, even in cases where the duration of the proceedings before the court in the Member State of the first-seized court is unreasonably prolonged³³.

Lis pendens principle has the obvious virtue of its definiteness and the simplicity of the rule, it also has the disadvantage of making the rule rigid and inflexible. However other mechanisms such as *forum non conveniens* is not permissible within the European Union. In EU factors such as convenience of parties and length of litigation is not even evaluated and the length of proceeding sometimes can lead to situations when justice will not be achieved.

5. CONCLUSIONS

Actions can be recognised as identical only if there is complete identity of the three elements - the parties, the subject-matter of the action and the factual basis of the action. If at least one of these elements does not coincide, the actions cannot be considered identical. According to the newest decisions of Lithuanian courts it is established, that *res judicata* principles applies to the settlement agreement, confirmed by court. If the settlement agreement was confirm by court so this prevents parties from re-examination of this dispute in court. Also once the court's decision, has entered into force, the parties, can no longer bring the same claim in court on the same basis, even though the factual circumstance have changed. But *res judicata* do not applies in the case when the factual circumstances coincide, but the legal norm on which the claim is based differs, there will be no legal basis for establishing the coincidence of the claim. So it is important to mention that the same claim is defined very strictly. In order for claim to be treated the same the legal basis of claim must be same and if parties change legal basis for the claim the claim is not treated as identical.

Situation is different in international level. First prerequisite for the application of the *lis pendens* rule is that an identical or related dispute must be

³³ Judgment of the Court of 9 December 2003 *Erich Gasser GmbH v MISAT Srl*. Case C-116/02

pending simultaneously in the courts of different States. This could be understood as "*cause of action*" to describe such identity. The case not necessary must be identical but must be related. Interlocutory proceedings and substantive proceedings are not treated related actions and *lis pendens* was not used. While action for payment of the purchase price and an action for discharge of a contract share the same subject matter therefore, *lis pendens* can be used and this differs from domestic situations. Arbitral award in another member states also constitutes *res judicata*. But infringement of *lis pendens* rules can be basis for non recognition of decision.

The other prerequisite for applying *lis pendens* is the same parties. So European Court of Justice clearly identified that *lis pendens* can only toward the same parties. If one party is new so *lis pendens* principle can not be applied.

While this principle has the obvious virtue of its definiteness and the simplicity of the rule, it also has the disadvantage of making the rule rigid and inflexible. A "rush to judgment" can adversely affect the defendant if the law is applied in a way that he or she does not feel closely connected to and that does not take into account his or her interests. However, *forum non conveniens* is not permissible within the European Union and factors such as convenience of parties and length of litigation is not evaluated.

BIBLIOGRAPHIC REFERENCES

- 1968 Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters /* Consolidated version CF 498Y0126(01) */ / *OJ L 299, 31.12.1972, p. 32–42*
- Case of the S.S. *Wimbledon, Britain et al. v. Germany* (1923) PCIJ
- Commentary of Civil Procedure. Vilnius. Justitia.2004.P 310
- Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters *OJ L 12, 16.1.2001, p. 1–23*
- Decision of Lithuanian Supreme Court 2022-06-23 Case No. e3K-3-180-403/2022 B.A. v. G.J.
- Drukas, Artūras, et al. "Lietuvos Respublikos civilinio proceso kodekso komentaras: II dalis: procesas pirmosios instancijos teisme; III dalis: teismų sprendimų ir nutarčių teisėtumo ir pagrįstumo kontrolės formos bei proceso atnaujinimas: II tomas." (2005). P. 146
- ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure//

- <https://www.unidroit.org/instruments/civil-procedure/eli-unidroit-rules/>
- Hamed, Alavi and Tatsiana, Khamichonak. "A Step Forward in the Harmonization of European Jurisdiction: Regulation Brussels I Recast" *Baltic Journal of Law & Politics*, vol.8, no.2, 2016, pp.159- 181. <https://doi.org/10.1515/bjlp-2015-0023>
- Helicopteros Nacionales de Colombia, S. A. v. Hall*, 466 U.S. 408 (1984)
- Hess, Burkhard and Althoff, David and Bens, Tess and Elsner, Niels and Järvekülg, Inga, The Reform of the Brussels Ibis Regulation (November 15, 2022). MPILux Research Paper 2022(6), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4278741> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4278741>
- Judgment of the Court (Grand Chamber) of 1 March 2005. *Andrew Owusu v N. B. Jackson*, trading as "Villa Holidays Bal-Inn Villas" and Others. Case C-281/02.
- Judgment of the Court (Grand Chamber) of 20 June 2022 *London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Limited v Kingdom of Spain*. Case C-700/20
- Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 8 December 1987. *Gubisch Maschinenfabrik KG v Giulio Palumbo*. Case 144/86.
- Judgment of the Court of 6 December 1994. The owners of the cargo lately laden on board the ship "Tatry" v the owners of the ship "Maciej Rataj". Case C-406/92. *European Court Reports 1994 I-05439*
- Judgment of the Court of 9 December 2003 *Erich Gasser GmbH v MISAT Srl*. Case C-116/02
- Kalantzi, A. (2023). Parallel Arbitral Proceedings: An Analysis of the Issue of Parallel Arbitrations in International Commercial Arbitration within the European Legal Space. *The Italian Review of International and Comparative Law*, 3(1), 1-27. <https://doi.org/10.1163/27725650-03010001>
- Maharanees of Baroda v Wildenstein* [1972] 2 QB 283, Court of Appeal (England and Wales).
- Nait-Liman v. Switzerland* (application no. 51357/07) 15 March 2018
- Nico Krisch, Jurisdiction Unbound: (Extra)territorial Regulation as Global Governance, *European Journal of International Law*, Volume 33, Issue 2, May 2022, Pages 481–514, <https://doi.org/10.1093/ejil/chac028>
- Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast) *OJ L 351, 20.12.2012, p. 1–32*
- Roger Williams Univ. Legal Studies Paper No. 217, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4505554>
- Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd* [1986] UKHL 10, [1987] AC 460
- Teitz, Louise Ellen, Tying Parallel Proceedings to Judgment Recognition: Harmonizing Cross-Border Dispute Resolution (July 10, 2023). *New York University Journal of*

- International Law and Politics (JILP), Forthcoming,
The decision of Lithuanian Supreme Court 2021-10-13 Case No. e3K-3-244-469/
2021 E. K. v. R. B. ir I. B.
The decision of Lithuanian Supreme Court 2021-11-04 in the case No. e3K-3-272-
1075/2021, R. G. v. V. L. ir R. T.
United Nations. The Charter of United Nations” 1945 Art. 2.1
Zhou, Jing. "The Forum of Necessity Doctrine in Comparative Private International
Law." *Journal of Sociology and Ethnology* 5.2 (2023): 79-85.

JURGITA GRIGIENE
Department of Private Law
Faculty of Law
Vytautas Magnus University
jurgita.grigiene@vdu.lt
Orcid: 0000-0002-8218-053X

PAULIUS ČERKA
Department of Private Law
Faculty of Law
Vytautas Magnus University
paulius.cerka@vdu.lt
Orcid: 0000-0002-8562-5469



Doi: <https://doi.org/10.17398/2695-7728.39.263>

VULNERABILIDADE CONTRACTUAL E O DIREITO AO
ESQUECIMENTO COMO DEFESA DO CONSUMIDOR-EFICÁCIA DA
LEI 75/21, DE 18 DE NOVEMBRO

*VULNERABILIDAD CONTRACTUAL Y EL DERECHO AL OLVIDO AL
OLVIDO COMO PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-EFICACIA DE LA
LEY 75/21, DE 18 DE NOVIEMBRE*

*CONTRACTUAL VULNERABILITY AND THE RIGHT TO BE
FORGOTTEN AS CONSUMER PROTECTION-EFFECTIVENESS
OF LAW 75/21, OF NOVEMBER 18TH*

MARINÊZ DE OLIVEIRA XAVIER¹

Instituto Politécnico de Beja. Portugal

Recibido: 05/11/2023

Aceptado: 10/12/2023

RESUMO

Os termos vulnerabilidade, equilíbrio/desequilíbrio entre as partes contratuais estão intrinsecamente relacionados. Tratando-se dos contratos de seguros a lei portuguesa expressa um sistema de proteção revestida de axiologia constitucional, que atribui à

¹ Doutora em Direito Privado pela Universidade das Ilhas Baleares, obteve a menção de doutoramento europeu. Professora titular de Direito Civil no IPBEJA- Instituto politécnico de Beja- Portugal. Linhas de Investigação: Direito Civil, Direito do Consumidor, Turismo e legislação, Políticas Públicas e Direito de Personalidade.

disciplina contratual o dever de promover os valores mais profundos do ordenamento jurídico. O presente artigo é parte de um estudo mais amplo sobre o tema e objetiva-se a evidenciar o histórico debate entre a máxima autonomia privada e a função social dos contratos, numa interpretação da Lei 75/2021, de 18 de novembro que reforça o acesso ao crédito e a contratos de seguros por consumidores, que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência, proibindo práticas discriminatórias e consagrando o direito ao esquecimento. A análise da instrumentalização e a aplicabilidade da lei para alcançar os objetivos, bem como o campo de aplicação da mesma é um dos questionamentos importantes deste trabalho.

Keywords: consumidor, Lei do esquecimento, contrato de seguro, proteção ao crédito.

RESUMEN

Los términos vulnerabilidad, equilibrio/desequilibrio entre las partes contractuales, están intrínsecamente relacionados. En se tratando de contratos de seguros, el ordenamiento jurídico portugués desarrolla un sistema de protección que se revestido de axiología constitucional, atribuyendo a área contractual el deber de promocionar los valores más profundos del ordenamiento jurídico. Este artículo forma parte de un estudio más amplio sobre la temática, cuyo objetivo es poner de manifiesto el histórico debate entre la máxima autonomía privada y la función social de los contratos, en una interpretación de la Ley 75/21, de 18 de noviembre, que refuerza el acceso a los contratos de crédito y seguros por los consumidores, que han superado o mitigado situaciones de riesgo agravado para la salud o discapacidad. La ley prohíbe prácticas discriminatorias y consagra el derecho al olvido. El análisis de la instrumentalización y aplicabilidad de la Ley para lograr los objetivos propuestos, así como su campo de aplicación es una de las cuestiones importantes de este trabajo.

Palabras clave: consumidor, Ley del olvido, contrato de seguro; protección crediticia.

ABSTRACT

The terms vulnerability, balance/imbalance between contractual parties are intrinsically related. In the case of insurance contracts, Portuguese law express a protection system coated with constitutional axiology, which attributes to contractual discipline the duty to promote the deepest values of the legal system. This article is part of a broader study on the topic, aiming to highlight the historic debate between maximum private autonomy and the social function of contracts, in an interpretation of Law 75/2021, of November 18, which reinforces access to credit and insurance contracts by consumers, who have overcome or mitigated situations of aggravated health or disability

risk, prohibiting discriminatory practices and enshrining the right to be forgotten. The analysis of the instrumentalization and applicability of the law to achieve the objectives, as well as its field of application in one of the important questions of this work.

Keywords: Consumer, The Right to be forgotten, Insurance contract, Credit Protection.

Summary: 1. Introdução. 2. O princípio da Igualdade e a proteção de dados-Posicionamento constitucional. 3. Problemas relevantes e objetivo da Lei 75/21. 3.1. Direito ao esquecimento. 3.2. Superação ou mitigação de situação de risco agravado de saúde ou deficiência. 4. Modalidades de seguros abrangidos. 5. Instrumentalização e aplicabilidade da Lei. 6. Considerações finais. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo é parte inicial de um estudo mais amplo, que pretende evidenciar o histórico debate doutrinário entre a máxima autonomia privada e a função social dos contratos, em especial, quanto ao seu elemento objetivo, numa interpretação da Lei 75/2021, de 18 de novembro que reforça o acesso ao crédito e a contratos de seguros por consumidores, que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência, objetivando proibir práticas discriminatórias e consagrando o direito ao esquecimento.

A teoria contratual contemporânea, traz consigo um novo significado e uma extensão mais ampla dos princípios contratuais, enfatiza a boa-fé, a função social dos contratos, ou seja, e o equilíbrio entre as partes. Dessa forma, a autonomia privada se reveste de axiologia constitucional, atribuindo à disciplina contratual o dever de promover os valores mais profundos do ordenamento jurídico.

Nesse diapasão, o exercício da autonomia privada deve estar subordinado aos valores tutelados pela constituição e a uma solidariedade social que se impõe como imperativo, trazendo entre outros valores a justiça social, solidariedade e proteção ao consumidor². Os termos vulnerabilidade e equilíbrio/desequilíbrio estão intrinsecamente relacionados e em se tratando dos contratos de crédito e de seguros a lei portuguesa expressa um sistema de proteção alicerçada nos princípios

² Teresa Negreiros, *Teoria do contrato: novos paradigmas*. (Rio de Janeiro: Renovar, 2002), 107-108.

constitucionais que não representa apenas generosidade legislativa, mas sim defesa de direitos deixando de manifesto o atual paradigma da doutrina contratual.

A lei 75/21 conhecida como lei do esquecimento não pode ser vista como uma inovação portuguesa, pois tem o propósito de atender e regulamentar os genéricos ditames comunitário do Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD)³, que visa proteger os direitos fundamentais de liberdade e princípios reconhecidos na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, nomeadamente o respeito pela vida privada e familiar, pelo domicílio e pelas comunicações, a proteção dos dados pessoais, a liberdade de pensamento, de consciência e de religião, a liberdade de expressão e de informação e a diversidade cultural, religiosa e linguística.

Neste sentido, o legislador português pretende dar continuidade a um conjunto de medidas legislativas posto que a lei atual altera a Lei n.º 46/2006, de 28 de agosto.

A lei 75/21 de 18 de novembro, constitui-se como uma peça legislativa importante na persecução de direitos. O presente estudo tem ainda o objetivo de abordar a capacidade e força legislativa do referido diploma questionando ainda, se o mesmo logrará produzir o efeito desejado alcançando o equilíbrio entre partes contraentes nos contratos de crédito e de seguro.

Como já mencionado anteriormente, o presente texto é parte de um estudo mais amplo sobre o tema e trabalharemos neste primeiro momento o objetivo da Lei, bem como a contextualização social e axiologia constitucional que impregna a teoria contratual contemporânea. Abordaremos também o listado de contratos que esta lei abrange e a sua instrumentalização com necessidade de elaboração do Acordo Nacional de Acesso ao Crédito e a Seguros.

2. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A PROTEÇÃO DE DADOS - POSICIONAMENTO CONSTITUCIONAL

O artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, dispõe que todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento

³ Reglamento (UE) 2018/1807 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea

de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.

O princípio da igualdade fundamenta-se, na dignidade da pessoa humana como valor essencial, assim, o ordenamento jurídico plasma a proibição da discriminação seja ela direta ou indireta cominada com o dever do Estado de gerar as condições mais adequadas para o alcance dessa igualdade.

Paralelo e tão importante para a persecução da igualdade, a constituição portuguesa consagra a proteção de dados pessoais conferindo um status especial a esse direito. O direito a autodeterminação informativa refletido no artigo 35 da Constituição portuguesa objetiva-se a impedir que a pessoa seja um mero instrumento mediante recolha de dados pessoais, essa proteção salvaguarda a dignidade e privacidade evitando o que doutrinariamente se intitula o mundo com paredes de vidro⁴. Com a mesma preocupação a legislação Civil introduz no âmbito geral dos direitos a personalidade como direitos especialmente protegidos o direito à proteção da privacidade⁵.

O n.º 3 do artigo 35 da Constituição referencia os chamados “dados sensíveis”, que são entendidos como informações intimamente ligadas à dignidade pessoal e individual e que por esta razão não poderão ser objeto de tratamento⁶. Os dados sobre a saúde são considerados dados sensíveis⁷, porém ainda persiste uma notória preocupação social sobre a interpretação dos mesmos como tal, essa preocupação se verá superada na medida em que a cidadania veja efetivada o sistema de proteção já legislado.

As situações de desequilíbrio entre as partes requerem um cuidado e atenção especial valendo-se se necessário, de uma discriminação positiva que venha inibir qualquer desigualdade de oportunidade, sancionando com a invalidação do negócio jurídico pretendido, podendo ainda como consequência

⁴ Catarina Sarmento e Castro, *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*. (Coimbra: Almedina, 2005), 27.

⁵ Neste sentido: Zanini, Leonardo Estevam de Assis. “The protection of personality Rights in Germany”, *Revista Direitos Culturais Santo Ângelo* 14, n.º 33 (2019): 135-158.

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v14i33.2977>

⁶ Rui Medeiros e Jorge Miranda, *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I, 2.ª ed., (Coimbra: Coimbra Editora, 2010), 779-801.

⁷ Os seguintes dados pessoais são considerados «sensíveis» e estão sujeitos a condições de tratamento específicas: dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, opiniões políticas e convicções religiosas ou filosóficas; filiação sindical; dados genéticos, dados biométricos tratados simplesmente para identificar um ser humano; dados relacionados com a Saúde; dados relativos à vida sexual ou orientação sexual da pessoa. In: *what-personal-data-considered-sensitive_pt*.

gerar responsabilidade civil⁸.

O respeito ao princípio da igualdade, de certa forma, limita a autonomia privada e a liberdade contratual e no caso específico dos contratos de seguro poderá impor o dever de contratar proibindo que uma das partes utilize como critério de eleição de contratação a condição física ou um estado de enfermidade ou deficiência já superado ou mitigada ou qualquer outra característica pessoal.

O tratamento diferenciado e discriminatório, estaria assim, eivado de ilicitude e assumindo consequências jurídicas, exigindo minimamente uma justificativa coerente do contratante que se nega ou impõe condições abusivas⁹.

3. PROBLEMAS RELEVANTES E OBJETIVO DA LEI 75/2021

Os contratos de Seguro de pessoas, historicamente apresentam um contexto complexo, nomeadamente no que se refere a uma efetiva igualdade entre as partes, e a não discriminação em função do estado de saúde.

A problemática é visível nos contratos de seguro de vida, contratos de saúde e consequentemente o acesso a créditos bancários condicionados a contratação de seguro, sendo os mais comuns os créditos para a aquisição da habitação e de certos bens de consumo. Nestas modalidades contratuais, o pagamento de prémios com valores mais altos e a maior probabilidade de sinistros será influenciada significativamente pelo estado de saúde do segurado.

Em algumas situações, as companhias impedem a contratação, não aceitam a celebração do contrato do seguro quando se verifica situações de saúde mais agravadas, como consequência, se observa no cenário português um número significativos de pessoas inabilitadas ao acesso a um crédito habitação por não conseguirem celebrar um contrato de seguro de vida.

Em situações não menos graves, se observa a cobrança de valores exorbitantes em razão da exigência de apresentação de informe médicos que indicam um estado de saúde que possam minimamente aumentar o risco de um sinistro.

⁸ Gomes Canotilho e Vital Moreira, pp. 347-348 citado em Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, op. cit., 237.

⁹ Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano, “Princípio de igualdad y derecho privado”, *Anuario de Derecho Civil* 43, n.º 2 (1990): 369-428.

Como forma de dar respostas a essa situação problema, a Lei 75/21 de 18 de novembro, pretende dois objetivos concretos:

— Consagrar o direito ao esquecimento a pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência, melhorando o seu acesso ao crédito e a contratos de seguro.

— Reforçar o acesso ao crédito e contratos de seguros por pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência, proibindo práticas discriminatórias.

Uma vez identificados os objetivos da lei, nos parece oportuno discorrer sobre os termos relevantes a que estes fazem alusão: “Direito ao esquecimento” e a “superação ou mitigação de situações de risco agravado de saúde ou de deficiência”.

3.1. Direito ao esquecimento

O direito ao esquecimento pretende que factos passados na vida de uma pessoa sejam borrados, logrando assim que haja uma extinção da chamada pena perpétua que ocorreria da lembrança constante do facto ocorrido. O sentido que mais se aplica ao termo e que é bastante utilizado no dia a dia é o direito de ser deixado em paz, o direito de deixar o passado no passado.

Especificamente no âmbito dos contratos de crédito à habitação, consumo ou de seguros associados a estes, quando uma pessoa supere ou tenha mitigada uma situação de enfermidade ou uma deficiência ou qualquer risco de saúde, não poderá ser prejudicada e nem mesmo questionada, relativamente à situação já superada. A situação deverá ser apagada, esquecida como se nunca tivesse existido.

Neste sentido, podemos mencionar um tripé legislativo como ferramenta essencial para o estudo da temática: a Lei objeto deste estudo, a Lei 75/21 de 18 de novembro, a Lei n.º 46/2006, de 28 de agosto¹⁰ e o artigo 15 do Decreto da Lei n.º 72/2008¹¹.

¹⁰ Lei n.º 46/2006, de 28 de agosto: Proíbe e pune a discriminação em razão da deficiência e da existência de risco agravado de saúde.

¹¹ Decreto-Lei n.º 72/2008: Estabelece o regime jurídico do contrato de seguro e no seu artigo 15 proíbe a discriminação de práticas discriminatórias alterado pela Lei 75/21, mas que segue oferecendo base sólida necessária para interpretação dada a sua especificidade e completude.

O consumidor é contemplado como tal na lei 75/21 e o diploma cuidadosamente referencia essa qualificação¹², esse aspeto e preocupação com o direito específico do consumidor merece ser enfatizado, pois, este direito alberga na sua estrutura alguns direitos de personalidade e valores transcendentos e constitucionalmente salvaguardados¹³.

Neste sentido, a Lei preceitua que as pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência, têm na qualidade de consumidor e direito ao esquecimento seja na contratação de crédito à habitação e crédito aos consumidores, bem como na contratação de seguros obrigatórios ou facultativos associados aos referidos créditos.

A lei garante que estes consumidores não poderão ser sujeitos a um aumento de prémio de seguro ou exclusão de garantias de contratos de seguro. Preceitua ainda que nenhuma informação de saúde relativa à situação médica que originou o risco agravado de saúde ou a deficiência pode ser recolhida ou objeto de tratamento pelas instituições de crédito ou seguradores em contexto pré-contratual.

Vale ressaltar que a proibição de recolha e tratamentos de dados pelas instituições de crédito ou seguradores em contexto pré-contratual, para que se aplique esta proibição, deverão ser considerados os prazos estabelecidos, prazos estes que se contam ininterruptamente: -dez anos desde o término do protocolo terapêutico, no caso de risco agravado de saúde ou deficiência superada-Cinco anos desde o término do protocolo terapêutico, no caso de a patologia superada ter ocorrido antes dos 21 anos de idade-Dois anos de protocolo terapêutico continuado e eficaz, no caso de risco agravado de saúde ou deficiência mitigada.

Embora seja louvável a iniciativa de proibição de recolha e tratamento dos, os prazos estabelecidos pela lei são considerados como excessivos pelos consumidores portugueses o que pode dificultar a proteção pretendida pela lei. O direito ao esquecimento condicionado a um prazo de dez ou cinco anos após

¹² Artigo 2 alínea d, Lei 75/21: d) «Consumidor», pessoas na aceção da alínea d) do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho, que transpõe parcialmente a Diretiva 2014/17/UE, relativa a contratos de crédito aos consumidores para imóveis destinados a habitação, e da alínea a) do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva 2008/48/CE do Parlamento e do Conselho, de 23 de abril, relativa a contratos de crédito aos consumidores.

¹³ Carlos Bittar, *Direitos do consumidor, Código de Defesa do consumidor*. 3. ed. (Rio de Janeiro: Forense Universitaria,1991), 27.

a recuperação ou mitigação do problema de saúde um dos fatores questionados pelas diferentes associações de consumidores.

3.2. Superação ou mitigação de situação de risco agravado de saúde ou deficiência

Importa definir a superação ou mitigação de situações de risco agravado de saúde ou deficiência, sendo essa definição fundamental para uma efetiva aplicação do sistema de proteção. Neste sentido, o artigo 2.º faz referência às pessoas que tenham comprovadamente estado em situação de risco agravado de saúde e que tenham superado este risco. A lei nos remete ainda ao artigo 3º da Lei n.º 46/2006, de 28 de agosto.

Para a comprovação de superação e mitigação do risco agravado, a norma faz referência à realização de protocolo terapêutico que estabeleça que a pessoa já não se encontra nesta situação, após a realização dos mesmos e que seja comprovadamente capaz de limitar significativa e duradouramente os seus efeitos. Em se tratando de deficiência se faz necessário uma superação da mesma de no mínimo sessenta por cento com recuperação das estruturas físicas, funções psicológicas, intelectuais, fisiológicas ou anatómicas, e que as incapacidades estejam abaixo desse limiar.

Para as enfermidades ou riscos agravados de saúde em que se possam tratar paulatinamente e a lei preconiza a mitigação, ou seja, a limitação significativa e duradoura dos efeitos.

O que ase interpreta é que passados os prazos legais e aplicando-se o direito ao esquecimento esse protocolo terapêutico exigido será dispensado, ficando borrados os dados referentes ao estado agravado de saúde.

De posse destes dois conceitos essenciais para que a lei em epígrafe possa alcançar seus objetivos, nos cabe mencionar no tópico seguido a especificidade da mesma, ou seja, as modalidades de contratos abraçados pela lei do esquecimento.

4. MODALIDADES DE SEGUROS ABRANGIDOS

Embora a Lei 75/21 tenha o mote de lei do esquecimento a mesma delimita este direito somente aos seguros de vida que estejam associados aos contratos de crédito à habitação de consumidores¹⁴.

A referência aos consumidores ganha importância no contexto do crédito à habitação, ou seja, o regime exclui do seu âmbito os beneficiários do regime de concessão de crédito bonificado a habitação a pessoa com deficiência¹⁵. Essa exclusão encontra-se justificada uma vez que o regime de concessão de crédito bonificado à habitação à pessoa com deficiência, contida na Lei n.º 64/2014, dispensa nos termos do n.º 2 do artigo 5.º, a contratação de seguro de vida, ficando assim resguardado o princípio da igualdade e o equilíbrio entre as partes ao limitar a vontade das instituições financeiras no tocante a este quesito.

Por outro lado, observa-se a preocupação do legislador com um aspeto acessório do crédito, ou seja, quando o consumidor necessita adquirir uma vivenda ou um bem de consumo com dependência de um crédito bancário e por sua vez, a instituição financeira por questões de garantia ou por decisões internas exige um contrato de seguro- vale ressaltar o aspeto acessório do contrato e que a lei não exige o mesmo, é uma questão facultativa à entidade financeira. Por critérios de interesse institucional a entidade decide exigir esta modalidade de seguro e pugna pelos seguros de vida.

Interessante ressaltar, que a Lei 75/21, manifesta a proteção ao consumidor na celebração de um contrato de seguro de vida, geralmente com cobertura de morte e invalidez, tendo por beneficiário irrevogável a instituição de crédito, ou seja que serve de instrumento de garantia do credor, ainda que como mencionamos antes, como forma de uma garantia extraordinária ou um reforço de um empréstimo/crédito que já está garantido por outras formas, seja ela da hipoteca ou o penhor, excluindo em termos matérias a necessidade do seguro de vida.

Este reforço para o credor muitas vezes é imposto como garantia obrigatória para

¹⁴ A Lei n.º 75/2021, artigo 2.º, alínea d, faz remissão para a noção de consumidor prevista da alínea d) do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho, e da alínea a) do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho: correspondendo à pessoa singular que, nos contratos visados (crédito à habitação ou crédito a consumidores), atua com objetivos alheios à sua atividade comercial ou profissional.

¹⁵ Lei n.º 64/2014, de 26 de agosto: Aprova o regime de concessão de crédito bonificado à habitação a pessoa com deficiência e revoga os Decretos-Leis n.ºs 541/80, de 10 de novembro, e 98/86, de 17 de maio.

o consumidor¹⁶, ou seja, poderá ser uma imposição das instituições de crédito como condição necessária à celebração do contrato de empréstimo ou ainda, embora em menor proporção, poderá ser uma opção do consumidor. Importante ressaltar que em ambas situações se aplicará a Lei 75/21, evidenciando a proibição de práticas discriminatórias e garantindo o direito ao esquecimento a pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência.

5. INSTRUMENTALIZAÇÃO E APLICABILIDADE DA LEI

Embora a lei tenha entrado em vigor em 1 de janeiro de 2022, os consumidores portugueses encontram dificuldades e seguem enfrentam discriminações.

“A Associação Protetora dos Diabéticos de Portugal (APDP) que, em comunicado, refere que a lei “não está a ser aplicada” e que tem recebido pedidos de ajuda de pessoas que se queixam de “agravamentos sucessivos do prémio do seguro de vida, chegando a 300% de aumento, seguradoras a afirmar que a diabetes não está incluída na legislação ou o retirar da incapacidade por invalidez das condições contratuais”¹⁷

Este e vários outros coletivos encontram barreiras na busca da tutela dos direitos previstos, o que deixa de manifesto à necessidade de instrumentalizar a lei com o denominado Acordo Nacional de Acesso ao Crédito e a Seguros (ANACS)

O referido acordo está previsto no artigo 6.º da Lei 75/21 quando se refere ao aditamento ao regime jurídico do contrato de seguros, ou seja, o legislador determina a adição de preceitos da Lei 75/21 para o Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de abril, o regime jurídico do contrato de seguro.

Assim, é escusado enfatizar, que a aplicabilidade da lei do esquecimento em matéria de seguros depende da sua instrumentalização ou operacionalização através do acordo Nacional.

¹⁶ Decreto-Lei n.º 349/98, de 11 de novembro, artigo 23.º -Regime Jurídico do contrato de seguros - conhecida também como LCS-Lei de contratos de seguro.

¹⁷ Conforme Patrícia Carvalho: Lei do direito ao esquecimento entrou em vigor mas não está a ser aplicada por todos: Informação obtida no site do jornal público, pesquisado em 01/11/2023: <https://www.publico.pt/2022/05/04/sociedade/noticia/lei-direito-esquecimento-entrou-vigor-nao-aplicada-2004899>

O artigo 6.º da Lei n.º 75/2021 adita dois artigos à Lei de Contratos de Seguro: o 15.º-A e o 15.º-B. Não pretendemos comentar cada ponto dos artigos em epígrafe, porém nos parece oportuno matizar os pontos essenciais e que expressam a urgência do mesmo para uma efetiva aplicabilidade da referida norma.

O artigo 15.º-A, enumera 14 ações e disposições que alteram a LCS. Segundo o número 1 do artigo 15.º-A cabe ao Estado português celebrar e manter um acordo nacional relativo ao acesso ao crédito e a contratos de seguros por parte de pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência, entre este e as associações setoriais representativas de instituições de crédito, sociedades financeiras, sociedades mútuas, instituições de previdência e empresas de seguros e resseguros, bem como organizações nacionais que representam pessoas com risco agravado de saúde, pessoas com deficiência e utentes do sistema de saúde.

Cabe destaque a menção a uma coletividade formada por uma série de sujeitos que deverão participar do processo de maneira ativa, e ressalva a consensualidade como imperativo, essa imperatividade de consenso é enfatizada pelo número 12 do mesmo artigo:

“a falta de acordo ou na circunstância da sua renúncia, resolução, não prorrogação ou não renovação, as matérias que este deveria abranger são definidas por decreto-lei, após consulta à Comissão Nacional de Proteção de Dados, à Direção-Geral da Saúde e ao CNSF.”

Para um melhor entendimento da importância e urgência da elaboração do Acordo Nacional de Acesso ao Crédito e a Seguros, ressaltamos os objetivos do mesmo, evidenciando que a ausência deste é um bloqueio que impede a aplicação e a eficácia da Lei 75/21.

Objetivos e pontos que deverá definir o ANACS (Acordo Nacional de Acesso ao Crédito e a Seguros):

– Assegurar o acesso sem discriminação ao crédito à habitação e ao crédito aos consumidores por parte de pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência-reside neste ponto o objeto do acordo.

– Assegurar que as instituições de crédito ou sociedades financeiras tenham em conta os direitos, liberdades e garantias das pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência:

Seria a estipulação de sanções mais severas? Como será assegurado o compromisso e cumprimento das instituições?

— Definir categorias específicas de dados e informações que possam ser exigidas e operações de tratamento desses dados e informações e das suas garantias de sigilo-externalizando uma preocupação deste objetivo com os chamados dados sensível e um cuidado especial com o tratamento destes dados, visando proteger a intimidade e dignidade da pessoa.

— Desenvolver um mecanismo de mediação entre os seguradores e as instituições de crédito e as pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência- Este ponto evidencia a participação coletiva dos sujeitos, ressaltando os itens elencados no ponto 2 do artigo.

— Dever de informar: Definir orientações gerais relativamente à informação a divulgar obrigatoriamente nos sítios da Internet das instituições de crédito, das sociedades financeiras, das sociedades mútuas, das instituições de previdência e dos seguradores. Na mesma linha os consumidores também deverão ser informados: Os requerentes de contratos de crédito ou de seguro são informados das disposições do direito ao esquecimento e dos termos deste acordo, em formato e linguagem inteligível para não especialistas, a definir pelo Conselho Nacional de Supervisores Financeiros (CNSF) em ficha de informação normalizada, devendo o requerente assinar que foi devidamente informado e tomou conhecimento.

— O âmbito de aplicação do acordo é extensivo a todas as instituições de crédito, sociedades financeiras creditícias, sociedades mútuas, instituições de previdência e empresas de seguros e resseguros que exerçam atividade em território português.

— Quanto aos prazos, o acordo deve garantir o cumprimento do disposto no n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 75/2021, de 18 de novembro, sem prejuízo de poder determinar termos e prazos mais favoráveis ao consumidor para além dos quais as pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência têm direito ao esquecimento.

— O acordo deverá fixar de uma grelha de referência que permita definir os termos e prazos referidos anteriormente para cada patologia ou incapacidade, em linha com o progresso terapêutico, os dados científicos e o conhecimento sobre o risco de saúde, de crédito ou segurador que cada patologia ou

incapacidade presente, grelha que deverá ser atualizada bianualmente e dada extensa publicidade.

— Possibilidade de convenção de um mecanismo de pooling dos custos adicionais decorrentes da contratação de seguros ou créditos com pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco de saúde agravado ou de deficiência, sendo este implementado e financiado exclusivamente pelas instituições privadas.

— Cabe ressaltar que o Banco de Portugal e Autoridade de Supervisão de Seguro e Fundos de Pensões (ASF), terão a competência no que respeita aos contratos de crédito e aos contratos de seguros, respetivamente, primando pela fiscalização do cumprimento do acordo previsto no n.º 1 ou, na sua ausência, do decreto-lei referenciado no número anterior.

— É de competência do CNSF-Conselho Nacional de Supervisores financeiros, apresentar ao Ministério das Finanças e à Assembleia da República um relatório bienal de acompanhamento da execução do acordo previsto no n.º 1 ou, na sua ausência, do decreto-lei mencionado anteriormente que poderá suprir a falta do referido acordo.

Referenciando ainda o Artigo 15.º B, que traz no seu texto as situações equiparadas abrange como beneficiários do acordo mencionado no artigo 15.º A aquelas pessoas que superaram situações de risco agravado e que, apesar de terem comprovadamente cessado a fase de tratamentos ativos, ainda tenham de realizar tratamentos coadjuvantes, o que leva atender aquelas pessoas que tenham a situação de enfermidade controlada.

Faz ainda menção a prazos, que evidenciam uma preocupação estendida da referida norma.

O Acordo Nacional de Acesso ao Crédito e a Seguros (ANACS) principal instrumento para a efetiva aplicação da lei ainda não está efetivado, situação oque pode ser entendida como um bloqueio para o equilíbrio contratual almejado, mantendo a vulnerabilidade do consumidor português que ainda não goza do direito ao esquecimento preconizado na lei.

A ausência do referido acordo impede o avanço do sistema de proteção e tutela do consumidor. Embora a legislação se reveste de axiologia constitucional e limita a autonomia provada na persecução dos valores mais profundos do ordenamento jurídico, encontra na inércia da operacionalização um forte bloqueio para a sua eficácia.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

— O presente artigo expressa os passos iniciais de um estudo mais amplo, que pretende evidenciar o histórico debate doutrinário entre a máxima autonomia privada e a função social dos contratos, em especial, quanto ao seu elemento objetivo numa interpretação da Lei 75/2021, de 18 de novembro que reforça o acesso ao crédito e a contratos de seguros por consumidores, que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência, objetivando proibir práticas discriminatórias e consagrando o direito ao esquecimento.

— A lei 75/21, transcreve no seu texto, o significado contemporâneo da teoria contratual que se reveste de axiologia constitucional, atribuindo à disciplina o dever de promover os valores mais profundos do ordenamento jurídico nomeadamente a igualdade, subordinando a autonomia privada aos valores tutelados na carta magna.

— As informações sobre a saúde, se enquadram no artigo 35 da Constituição fazendo referência no n.º 3, os chamados “dados sensíveis”, que são entendidos como informações intimamente ligadas à dignidade pessoal e individual e que por esta razão não poderão ser objeto de tratamento.

— A lei do esquecimento contempla o caminho percorrido pelo legislador português, trazendo alterações significativas a Lei 46/2006, de 28 de agosto e ao Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de abril e alterado pela Lei n.º 147/2015, de 9 de setembro, este conjunto normativo é ferramenta indispensável na persecução do direito supra.

— O problema social acentuado pela prática reiterada das companhias de seguro de práticas discriminatórias que impedem a contratação, seja por não aceitarem a celebração do contrato do seguro quando se verifica situações de saúde mais agravadas o que condiciona que o cidadão fique inabilitado por exemplo ao acesso a um crédito habitação, ou a um o aumento de 300 a 400 por cento de aumento no prémio do seguro de vida, com base em situações já superadas ou controladas de enfermidades.

— Embora a Lei 75/21 delimita este direito somente aos seguros de vida que estejam associados aos contratos de crédito à habitação de consumidores, excluindo do seu âmbito os beneficiários do regime de concessão de crédito bonificado a habitação a pessoa com deficiência, observa-se que este entendimento está justificado, uma vez que o regime de concessão de crédito

bonificado à habitação a pessoa com deficiência, contida na Lei n.º 64/2014, dispensa nos termos do n.º 2 do artigo 5.º, a contratação de seguro de vida.

— A Lei 75/21 encontra barreiras para a efetiva da tutela dos direitos previstos, o que deixa de manifesto à necessidade de regulamentação e ainda a sua instrumentalização com o denominado Acordo Nacional de Acesso ao Crédito e a Seguros (ANACS). Imperativa é a urgência do referido acordo que dentre outras medidas essenciais irá definir as categorias específicas de dados e informações que possam ser exigidas e operações de tratamento desses dados e informações e das suas garantias de sigilo, exteriorizando uma preocupação deste objetivo com os chamados dados sensível e um cuidado especial com o tratamento destes dados visando proteger a intimidade e dignidade da pessoa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ataíde, R. P. C. M. “Direito ao esquecimento”, *Revista de direito civil do instituto de direito privado da faculdade de direito de Lisboa*. V. 2, ano 3. (2018): 281-295.
- Bezerra Junior, L. M. H - *Direito ao esquecimento: a justa medida entre aliberdade informativa e os direitos da personalidade*. 1ª Ed. Série instituto brasiliense de direito público. São Paulo: Saraiva Jur., 2018.
- Bercovitz Rodriguez Cano, Rodrigo, “Princípio de igualdad y derecho privado”, *Anuario de Derecho Civil*, (1990): 369-428.
- Bittar, Carlos, *Direitos do consumidor, - Código de Defesa do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitaria, 1991.
- Carvalho, Patrícia : “Lei do direito ao esquecimento entrou em vigor mas não está a ser aplicada por todos”: Informação obtida no site do jornal público, pesquisado em 01/11/2023: <https://www.publico.pt/2022/05/04/sociedade/noticia/lei-direito-esquecimento-entrou-vigor-nao-aplicada-2004899>
- Estevam de Assis Zanini, Leonardo. “The protection of personality Rights in Germany”, *Revista Direitos Culturais Santo Ângelo* 14 (maio/agos 2019), n.º. 33: 135-158. DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v14i33.2977>
- Gomes Canotilho e Vital Moreira, pp. 347-348 citado in Jorge Miranda e Rui Medeiros e Jorge Miranda, *Constituição Portuguesa Anotada*. , Tomo I, cit., 237.
- Negreiros, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- Rui Medeiros e Jorge Miranda, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- Sarmento e Castro, Catarina. *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*. Coimbra: Almedina, 2005.

Tartuce, Flacio. *Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécies*. (v. 3 Série Concursos Públicos). Niterói: Ímpetus, 2007.

LEGISLAÇÃO

UE Reglamento (UE) 2018/1807 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea.

PORTUGAL. Lei n.º 46/2006, de 28 de agosto: Proíbe e pune a discriminação em razão da deficiência e da existência de risco agravado de saúde.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 72/2008: Estabelece o regime jurídico do contrato de seguro e no seu artigo 15 proíbe a discriminação de práticas discriminatórias alterado pela Lei 75/21, mas que segue oferecendo base sólida necessária para interpretação dada a sua especificidade e completude.

PORTUGAL. Artigo 2 alínea d, Lei 75/21: d) «Consumidor», pessoas na aceção da alínea d) do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho, que transpõe parcialmente a Diretiva 2014/17/UE, relativa a A Lei n.º 75/2021, artigo 2.º, alínea d, faz remissão para a noção de consumidor prevista da alínea d) do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho, e da alínea a) do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho: correspondendo à pessoa singular que, nos contratos visados (crédito à habitação ou crédito a consumidores), atua com objetivos alheios à sua atividade comercial ou profissional.

PORTUGAL. Lei n.º 64/2014, de 26 de agosto: Aprova o regime de concessão de crédito bonificado à habitação a pessoa com deficiência e revoga os Decretos-Leis n.ºs 541/80, de 10 de novembro, e 98/86, de 17 de maio.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 349/98, de 11 de novembro, artigo 23.º -Regime Jurídico do contrato de seguros -conhecida também como LCS-Lei de contratos de seguro.

MARINÊZ DE OLIVEIRA XAVIER
Área de Direito Privado
Departamento de Ciências Empresariais
Instituto Politécnico de Beja
marinez.xavier@ipbeja.pt
Orcid: 0000-0001-6845-789X



NOTAS ESENCIALES SOBRE EL DIVORCIO EN EL NUEVO
CÓDIGO DE LAS FAMILIAS DE CUBA

*ESSENTIAL NOTES ON DIVORCE IN THE NEW
CUBA FAMILIES CODE*

LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO¹

Universidad de La Habana. Cuba

Recibido: 05/11/2023

Aceptado: 10/12/2023

RESUMEN

Se hace un análisis del divorcio en el nuevo Código de las familias de Cuba (2022) con especial referencia a las vías de tramitación (la judicial y la notarial), así como a las peculiaridades que esta última ofrece. Se contrastan los pronunciamientos que debe tener la sentencia de divorcio con los pactos de la escritura pública de divorcio. Se estudia la posibilidad ofrecida por la nueva legislación y su normativa complementaria de que el notario intervenga en un divorcio con niños, niñas y adolescentes, en relación con lo cual, y en modo simétrico con el que se sustancia en sede judicial, se exige dictamen fiscal y la opción – a instancia del notario o del fiscal- de la práctica de la escucha por un equipo multidisciplinario del infante o adolescente conforme con el principio de autonomía progresiva, de lo cual el notario ha de autorizar acta de presencia.

Palabras clave: divorcio, pactos, escritura pública, intervención fiscal, escucha.

¹ Profesor Titular de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana (Cuba), Notario.

ABSTRACT

An analysis of divorce is made in the new Cuban Family Code (2022) with special reference to the processing methods (judicial and notarial), as well as the peculiarities that the latter offers. The pronouncements that the divorce decree must have are contrasted with the agreements of the public deed of divorce. The possibility offered by the new legislation and its complementary regulations for the notary to intervene in a divorce with children and adolescents is studied, in relation to which, and in a symmetrical manner with that which is held in court, an opinion is required. prosecutor and the option - at the request of the notary or the prosecutor - of the practice of listening to the child or adolescent by a multidisciplinary team in accordance with the principle of progressive autonomy, of which the notary must authorize a record of presence.

Keywords: divorce, agreements, public deed, tax intervention, listening.

Sumario: 1. Algunas acotaciones sobre el divorcio en Cuba, más allá del terreno jurídico. 2. El divorcio en el nuevo Código de las familias. 3. Vías de tramitación. 4. Del divorcio judicial. 4.1. Legitimación y ejercicio de la acción de divorcio. 4.2. Imprescriptibilidad de la acción. 4.3. Tribunal competente. 4.4. Escucha de niños, niñas y adolescentes. 4.5. Intervención fiscal. 4.6. Pronunciamientos de la sentencia de divorcio. 4.6.1. Del derecho real de habitación. 5. Del divorcio notarial. 5.1. Reglas de competencia. 5.2. Instrumentación. 5.3. Posibilidad de actuar a través de un apoderado. 5.4. Pactos sobre el divorcio. 5.5. Modificación de los pactos sobre el divorcio. 5.6. Especial referencia a la escucha de niños, niñas y adolescentes en sede notarial. 5.7. Efectos del divorcio. Referencias bibliográficas.

1. ALGUNAS ACOTACIONES SOBRE EL DIVORCIO EN CUBA, MÁS ALLÁ DEL TERRENO JURÍDICO

No me cabe duda que uno de los temas más recurridos durante las últimas tres décadas en el arte, el cine, la televisión, el teatro, la literatura, el periodismo en Cuba, lo ha sido el divorcio. Cuba es una sociedad divorcista, de ello, no sin enfado, ya daba cuenta el célebre profesor cubano Díaz Pairó cuando en 1935, caracterizando nuestro país dejó dicho: “País con otras características étnicas,

con diferentes concepciones morales, de menos religiosidad (...) no es de extrañar que desde muy pronto surgiera entre nosotros la idea de establecer el divorcio”², lo cual a su vez se corrobora con el devenir histórico de su reconocimiento legal en Cuba.

Como expone la profesora Mesa Castillo el modelo de ruptura matrimonial que el divorcio diseñado por el – hoy abrogado- Código de familia de 1975 representa, no es sino un “fracaso del arquetipo matrimonial, nunca concebido como una institución feliz sino como una frustración, (que) se fundamenta en principios éticos que no debían violarse (...)”³, en tanto el divorcio no solo trasciende al campo del Derecho pues tiene un alto componente axiológico que no puede obviarse por cualquier jurista si no queremos perder nuestro sentido de la racionalidad. Precisamente por esa razón, a la indagación de las causas que motivan la ruptura del matrimonio en Cuba se han orientado algunas de las investigaciones que desde la sociología, la demografía, la psicología, se han realizado en Cuba⁴, justamente porque las tasas de divorcialidad de nuestra nación son verdaderamente significativas. De todas maneras, al decir de Valdés Jiménez, no siempre ese sentimiento de fracaso es común a ambos cónyuges, “El divorcio puede representar, para algunos, el fracaso de un proyecto común y de un ideal cultural. Otros lo perciben como una opción positiva y reconfortante para la pareja y las familias, que son capaces de afrontar los cambios que éste supone. Sin embargo, sería falso suponer que siempre es así”⁵. Quien se desembaraza de un matrimonio, por mal que le cueste, no puede evadir el grado de responsabilidad -aunque sea mínimo- en que ha incurrido en la frustración de ese proyecto de vida, aun cuando en breve reconstituya una familia y logre superar la crisis matrimonial vivida. No se olvide que tras la disolución del vínculo matrimonial está en juego la estabilidad emocional y psíquica de la familia, en primer orden, la de los hijos. La ruptura conyugal no puede suponer en modo alguno, ruptura de relaciones parentales.

² Vid. DÍAZ PAIRÓ, Antonio, *El Divorcio en Cuba*, Ed. Biblioteca de la Revista Cubana de Derecho, Cuba, 1935, p. 41.

³ Vid. MESA CASTILLO, Olga, “El divorcio: otro ángulo de análisis”, en *Revista Cubana de Derecho*, año XVIII, Nº 38, julio-septiembre 1989 (pp. 107-126), p. 117-118.

⁴ En este sentido *vid.* PUÑALES, Alicia V. y Aleida GARCÍA C., (ayudante) “Relación de pareja y divorcio. Algunos resultados de investigación”, CIPS, 1992 y DÍAZ TENORIO, Mareleén, Alberta DURÁN GONDAR, Yohanka VALDÉS JIMÉNEZ, Ernesto CHÁVEZ NEGRÍN, Tania ALFONSO GONZÁLEZ, con la colaboración de Aleida GARCÍA CÓRDOVA y Marta María CHÁVEZ RODRÍGUEZ, “Familia y cambios socioeconómicos a las puertas del nuevo milenio”, Departamento de Estudios sobre Familia, CIPS, julio 2001.

⁵ Vid. VALDÉS JIMÉNEZ, Yohanka, “El divorcio en Cuba. Características generales y efectos para la familia”, en *Familia y diversidad en América Latina. Estudio de casos*, David Robichaux (coordinador), CLACSO, Buenos Aires, 2007 (pp. 213-236), p. 227.

El divorcio puede ser la solución idónea ante un matrimonio en crisis, pero hay que saber encarar los desafíos que para esa familia fragmentada representa, de cara a la educación y formación de los hijos e hijas. Por ello comparto la tesis de Valdés Jiménez de que “... las dificultades que emergen en la familia que atraviesa por una situación de divorcio no se deben sólo al proceso de ruptura en sí mismo, sino también a la organización disfuncional que puede seguirle y que en muchos casos fue su causa”⁶, de ahí que muchas personas no logren la estabilidad emocional y su realización matrimonial, a pesar de las veces que lo intentan reconstituyendo familias, que a la postre, fenecen poco tiempo después y se llega incluso al final de la vida sin haber alcanzado el ideal de pareja ansiosamente buscado.

No se trata de dar recetas para evitar la ruptura del matrimonio, ello, hoy día, no es factible, ni inteligente, sino de reevaluar las causas que hacen cada vez más efímera la vida matrimonial, y que han llevado al divorcio a convertirse en una de las instituciones jurídicas más socorridas, como remedio de un mal incurable, como conexión entre un pasado poco recurrido y un futuro ilusorio, más virtual que real, punto final de un proyecto convertido en añicos y primera sílaba de otro, que si no sabemos dirigir con acierto, poco tiempo después tomaría la misma dirección del primero. Lo importante no es buscar cada día nuevos senderos en mar abierto, sino saber dirigir la proa hacia tierra firme.

2. EL DIVORCIO EN EL NUEVO CÓDIGO DE LAS FAMILIAS

El nuevo Código de las familias regula el divorcio como una de las causas de extinción del matrimonio (artículos 268 c) y 272.1), junto al fallecimiento de uno de los cónyuges (artículo 268 a), y a la declaración judicial de presunción de muerte (artículo 268 b). Todos tienen en común hacer cesar el vínculo matrimonial y con ello devenir la aptitud del otro de los cónyuges o de ambos (en caso de divorcio) para contraer un nuevo matrimonio o iniciar un proyecto de vida sustentado en una unión de hecho afectiva.

Si algo ha caracterizado al divorcio en Cuba, tras la promulgación en 1975 del Código de Familia (hoy ya abrogado), es la ausencia de causales, de modo que los cónyuges no han tenido que articular en la demanda de divorcio la causal concreta a cuyo tenor se funda la petición de disolver el vínculo matrimonial.

⁶ *Ibidem*, p.15.

Fue un propósito del legislador de 1975- continuado por el de 2022- suprimir de una vez por todas el difícil escollo de pasar por un proceso judicial en que se busca irremediamente un cónyuge culpable para, tras de ello, obtener efectos favorables en la determinación del régimen de guarda y cuidado de los hijos e hijas menores de edad y aquellos efectos de naturaleza patrimonial. Sencillamente no existen causales de divorcio, al estilo de la mayoría de los ordenamientos jurídicos iberoamericanos, en el que en un precepto más que socorrido se enumeran en un sistema *numerus clausus*, las causales que permiten acceder al divorcio. El divorcio en Cuba desde el Código anterior es un divorcio remedio, no un divorcio sanción.

Toda persona casada puede acceder al divorcio, el derecho a divorciarse es ejercitable por cualquiera de los cónyuges, sin que sea válida la renuncia a su ejercicio (artículo 272.2). Ello quiere decir que si bien de manera tácita los cónyuges pueden decidir no ejercitar el derecho a divorciarse por ser ese su proyecto de vida, ello no puede plasmarse en los pactos matrimoniales, en tanto el matrimonio en el Derecho cubano es disoluble por esencia, de modo que conforme a la ley humana encarnada en el Código, el matrimonio es disoluble, no siendo materia disponible, regulada por la autonomía privada. Se erige un límite de orden público infranqueable que imposibilita a los cónyuges cualquier pacto establecido al solo fin de convertir en indisoluble al matrimonio.

Ahora bien, ¿cuáles son las novedades que en materia de divorcio se introducen en el nuevo Código?

A diferencia de su predecesor, en la filosofía del legislador y a tono con las bases que sienta la nueva codificación, en sede de divorcio:

a) No se distingue el momento en que se ha tenido un hijo o hija, si antes o después del matrimonio, para establecer medidas relativas a la guarda y el cuidado, el régimen de comunicación familiar y la obligación de dar alimentos.

b) Admite pronunciamientos judiciales o pactos en vía notarial no solo sobre los hijos comunes sino también sobre los hijos afines, si bien de manera excepcional, en los supuestos en que proceda, con lo cual se visibiliza la familia ensamblada o reconstituida y sobre los hijos mayores de edad en situación de discapacidad, cuando a estos le han nombrado un apoyo intenso con facultades de representación⁷.

⁷ Supuesto que si bien no distingue el legislador, nada priva que ese hijo sea afín, dado que resultaría una

c) Se admiten pronunciamientos en sede judicial o pactos en vía notarial respecto del posible derecho real de habitación sobre la vivienda en que residieron los cónyuges, siempre que se trate de una vivienda propiedad exclusiva de alguno de ellos, en los supuestos de vulnerabilidad familiar que prevé el legislador.

d) Se admiten pronunciamientos en sede judicial o pactos en vía notarial en relación con la determinación del cuidado de los animales de compañía por uno o ambos cónyuges, la forma en la que aquel al que no se le haya confiado podrá tenerlos consigo, el reparto de las cargas asociadas a su atención, tomando en cuenta, en todo caso, el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal, con independencia de quién sea su titular y de a quién le haya sido confiado para su cuidado.

e) Se suprime el carácter preceptivo del pronunciamiento sobre la vivienda de residencia permanente, adquirida en comunidad matrimonial de bienes, en el sentido de liquidar imperativamente dicha comunidad sobre la vivienda en la propia escritura pública de divorcio por mutuo acuerdo o en la sentencia que dispone el divorcio.

f) Acorde con la Convención sobre los derechos del niño (artículos 3, 5 y 12) se reconoce el derecho del niño, niña o adolescente a ser escuchado en la sustanciación del divorcio, *“en correspondencia con su capacidad de comprender, la posibilidad de formarse un juicio propio y su autonomía progresiva”* (artículo 7.2 a) del Código de las familias en relación con el artículo 278 del propio texto legal), ya sea en vía judicial, lo que se venía logrando por la iniciativa del Consejo Gobierno del Tribunal Supremo⁸, o también en vía notarial, importante

asimetría normativa que se protegen los hijos afines menores de edad, y no cuando –aun su mayoría de edad–, están en dicha situación de discapacidad.

⁸ Incorporada tal escucha por la Instrucción No. 187/2007, de 20 de diciembre del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo, que en su apartado SEGUNDO dejó establecido que *“En los procesos en que se litigue sobre guarda, cuidado y régimen de comunicación de menores, siempre que sea racionalmente aconsejable, el Tribunal deberá oír en el debate, por vía de exploración, al menor involucrado que cuente con más de siete años de edad, dirigiéndole preguntas, cuidando que en modo alguno lo coloquen en situación de ofrecer respuesta que implique el repudio a alguno de sus padres, y adoptando las medidas de control necesarias para que dicho acto se desarrolle en ambiente propicio y con absoluta privacidad, utilizando preferentemente como sede la Casa de Orientación a la Mujer y la Familia de la Federación de Mujeres Cubanas del territorio u otro lugar con condiciones apropiadas para el acto que se realiza”*, luego derogada por la Instrucción No. 216/2017, de 17 de mayo del propio Consejo que en su apartado SÉPTIMO mejoró el sentido de lo dispuesto en la Instrucción anterior al establecer, sin límites etarios –tal y como lo exige la Convención sobre los derechos del niño– que *“En caso necesario, el tribunal escuchará al menor que esté en condiciones de formarse un juicio propio, y tendrá en cuenta su opinión en función de su capacidad progresiva; dicho acto se desarrollará en ambiente propicio y con absoluta privacidad, utilizando preferentemente como sede la Casa de Orientación a la Mujer y la Familia de la*

novedad, sin precedentes, regulada en el Código y luego desarrollada por una resolución ministerial *ad hoc*⁹.

g) Se refuerzan las garantías legales en el caso de divorcios con hijos e hijas menores de edad con la intervención preceptiva del fiscal, ya sea como parte demanda en el proceso contencioso sustanciado en vía judicial o como dictaminador, en el caso del divorcio que se sigue por la jurisdicción voluntaria judicial o en el supuesto de los pactos sobre el divorcio que propone la pareja, en sede notarial, dictamen este último que tiene carácter preceptivo, quien además, en esta sede, junto al notario, puede decidir sobre la escucha del niño, niña o adolescente¹⁰.

3. VÍAS DE TRAMITACIÓN

Prevé el legislador dos alternativas para la tramitación del divorcio: una de naturaleza extrajudicial notarial y otra de corte judicial (artículo 273 del Código de las familias). Si existe común acuerdo entre los miembros de la pareja no solo en la disolución del matrimonio, sino también en los pactos sobre cuestiones atinente al cuidado y la guarda de los hijos e hijas comunes e incluso propios de uno solo de los cónyuges, a los alimentos, al ejercicio de la responsabilidad parental, y al régimen de comunicación familiar de los hijos e hijas menores de edad, incluidos los hijos afines que han convivido con la pareja, la alternativa notarial parece la más conveniente. No obstante, en el Código de procesos se incluye una alternativa de divorcio por mutuo acuerdo a través del cauce del procedimiento de jurisdicción voluntaria (artículo 609.1 i) del Código de procesos)¹¹.

Federación de Mujeres Cubanas del territorio u otro lugar con condiciones apropiadas para el acto que se realiza". Al incorporarse la escucha de las personas menores de edad en el nuevo Código de procesos, en vigor desde el 1 de enero de 2022, se entiende derogada también esta Instrucción.

⁹ Según la Resolución 493/2022 de 26 de septiembre del Ministro de Justicia que establece el procedimiento del divorcio por mutuo acuerdo ante notario, concretamente los artículos 8 y 9.

¹⁰ Ciertamente, en sede notarial la escucha no es preceptiva, sino a instancia del notario o del fiscal que dictamina de acuerdo con las circunstancias del caso.

¹¹ Posición asumida por el legislador del Código de procesos con la que no estoy conteste pues resulta un contrasentido mantener un divorcio por mutuo acuerdo en sede judicial en un ordenamiento jurídico que contempla la vía notarial como la idónea para encauzar esta modalidad de divorcio, lo cual me parece mucho más acertado y conforme con la naturaleza alitigiosa del divorcio de mutuo acuerdo. Tómese en consideración que la redacción final dada al apartado 1 del artículo 273 del Código de las familias obedece a la formulación del artículo 609.1 i) del Código de procesos que insistentemente mantuvo la regulación del divorcio por mutuo acuerdo en sede de jurisdicción voluntaria, de manera que al entrar en vigor esta norma el 1 de enero de 2022, no le quedó otra alternativa a los autores del Código de las familias que

Ante la inexistencia de acuerdo o consenso entre los cónyuges, ya sea por la disolución del vínculo matrimonial, o por las cuestiones accesorias que deben llenar de contenido a los pactos sobre el divorcio a que se ha hecho referencia anteriormente, no queda otra alternativa que la vía judicial. Si en el divorcio se pretende privar de la responsabilidad parental respecto de sus hijos o hijas a uno de los cónyuges, la demanda de divorcio se sustancia en proceso ordinario (artículo 520.1 m) del Código de procesos), de lo contrario, se sustancia por los trámites del proceso sumario (artículo 551.1 a) del Código de procesos).

El legislador ha reforzado las garantías legales del divorcio, de manera que cualquiera sea la vía por la que se encauce, los involucrados tengan a su disposición las herramientas técnicas que permitan atender el interés superior de niños, niñas y adolescentes.

4. DEL DIVORCIO JUDICIAL

Tal y como se ha venido explicando, la vía judicial es una de las alternativas de la cual disponen los cónyuges para poner fin al matrimonio, en el entendido de que esta sería siempre la última *ratio*. Solo cuando fracasa el cauce notarial, se debería acudir entonces al de índole judicial, aunque la arquitectura que ofrece el Código de las familias no impone el agotamiento de una para acudir a la otra, en consecuencia el divorcio por mutuo acuerdo se puede tramitar en ambas vías, de modo que, compete a las partes decidir por cuál se deciden encauzarlo. Si uno solo de los cónyuges es quien está interesado en el divorcio, se tramita únicamente en sede judicial, sin que, a diferencia de la abrogada Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico de 1977, se haga necesario hablar en este supuesto de un divorcio por justa causa. Hoy día el único que tiene apellidos es el divorcio por mutuo acuerdo, si tal consenso no existe, el Código de procesos hace referencia al divorcio, sin más.

4.1. Legitimación y ejercicio de la acción de divorcio

Como ha quedado expuesto, en vía judicial, uno solo de los cónyuges puede sostener la acción y demandar al otro, quien –según el dictado del artículo 529 del Código de procesos- “*al personarse en el plazo establecido para contestar,*

adicionar la sede judicial en supuestos de divorcio por mutuo acuerdo.

puede allanarse total o parcialmente a los aspectos contenidos en la demanda u oponerse, alegar las excepciones que procedan, a su juicio o reconvenir”.

La acción de divorcio ha de ser ejercitada únicamente por los cónyuges. Si estos son personas en situación de discapacidad, el apoyo puede asistirles en el ejercicio de la acción, lo cual no quiere decir que en modo alguno les sustituya. Tratándose de un apoyo intenso con facultades de representación, el ejercicio de la acción de divorcio por el apoyo solo prosperará si logra probar ante el órgano judicial que ello obedece al principio del respeto a las voluntades, deseos y preferencias de la persona requerida de apoyo, según lo previsto por el artículo 277.3 del Código de las familias en relación con el artículo 3.1 k) del Código de las familias y el artículo 30.4 del Código civil, tal y como ha quedado redactado este último por la Disposición final primera del Código de las familias, a cuyo tenor *“Para interpretar la voluntad de la persona a quien asiste, en los casos en que así sea necesario, se toma en cuenta el criterio de la mejor interpretación de la voluntad, la trayectoria de vida de la persona, las previas manifestaciones de voluntad en similares contextos, la información con la que cuenten las personas de confianza de la persona a apoyar, sus deseos, preferencias y cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto”*, o sea, habría que probar que tal decisión es la que hubiera tomado la persona requerida de apoyo si tuviese discernimiento en el momento en que se ejercita la acción.

4.2. Imprescriptibilidad de la acción

Se trata además de una acción imprescriptible. Su ejercicio procede en cualquier momento, mientras subsista la situación que lo motivó o provocó – como lo prevé el artículo 279 del Código de las familias- o sea, siempre que subsista la situación objetiva que motiva la ruptura del vínculo conyugal. Como no hay que acogerse a una causal de divorcio, es suficiente demostrar la perduración de esa causa *generalis* de base objetiva que ha frustrado el fin común que el matrimonio comporta para hijos, cónyuges y sociedad que le reconoce tal y que supone la destrucción del proyecto de vida en común que el matrimonio supone para los cónyuges.

4.3. Tribunal competente

Los tribunales municipales serán los competentes para conocer tanto de las demandas sobre asuntos familiares (ya sean en proceso ordinario o sumario)

como los asuntos de jurisdicción voluntaria. Por lo tanto, en cualquiera de los cauces procesales del divorcio, ya sea contencioso o en jurisdicción voluntaria, siempre van a ser las secciones correspondientes de dichos tribunales las competentes (*vid.* artículo 24.2 del Código de procesos).

4.4. Escucha de niños, niñas y adolescentes

La sustanciación del proceso de divorcio discurre -en el caso de existir niños, niñas o adolescentes- con la escucha de estos en atención del artículo 12 de la Convención sobre los derechos del niño y el artículo 5.1 a) del Código de las familias que recepciona tal escucha como un derecho de la infancia y de la adolescencia en el ámbito familiar. De este modo, la opinión del infante o del adolescente debe ser tenida en cuenta por el tribunal que conozca del proceso de divorcio a los fines de fijar lo concerniente a la guarda y cuidado y al régimen de comunicación familiar, así como la obligación legal de dar alimentos y por supuesto en lo que atañe a la titularidad de la responsabilidad parental. Para la escucha se hace necesaria la presencia del equipo multidisciplinario que a tal efecto haya sido designado. Escucha para la cual tendrá significación la autonomía progresiva y la maduración de sus facultades intelectivas. Como ha dicho el Comité de los derechos del niño en su Observación general número 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado¹²: *“las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio”* (párrafo 28). Y en tal sentido, se ha insistido respecto de la madurez que esta *“hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño. La madurez es difícil de definir; en el contexto del artículo 12, es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente. Los efectos del asunto en el niño también deben tenerse en consideración. Cuanto mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño”* (párrafo 30).

Responde el Código de las familias a lo que ha previsto esta Observación general en materia de divorcio. Al decir de la citada Observación, en caso de divorcio *“los hijos de la pareja resultan inequívocamente afectados por las decisiones de los tribunales. El juez determina las cuestiones relativas a la*

¹² Aprobada en el 51º período de sesiones, en Ginebra, del 25 de mayo al 12 de junio de 2009.

manutención del niño, la custodia y el acceso, ya sea en un juicio o a través de mediación prescrita por el tribunal” (parágrafo 51).

Asimismo, se ha dejado sentado que *“Por ese motivo, toda la legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones y en los procesos de mediación” (parágrafo 52)*¹³.

4.5. Intervención fiscal

La intervención fiscal es preceptiva en el proceso de divorcio a tenor de lo previsto en el artículo 66.1 del Código de procesos y lo regulado en el artículo 291.3 del Código de las familias. El fiscal en el divorcio judicial con hijos e hijas menores de edad y aún mayores de edad en situación de discapacidad, a los cuales se les haya nombrado un apoyo intenso con facultades de representación, es parte demandada. Ello, si el divorcio se tramita por el cauce del proceso ordinario o del proceso sumario e igualmente dictamina en los casos de divorcio por mutuo acuerdo en procedimiento de jurisdicción voluntaria. En este último caso, siempre que existan hijos e hijas menores de edad –según lo dispuesto en el artículo 613 en sus apartados 1 y 3 del Código de procesos- si bien en este último apartado el legislador procesal es incongruente con el del Código de las familias, al no hacer referencia – como debería acontecer -, al supuesto en que hayan hijos menores de edad de uno solo de los cónyuges que convive en el hogar (hijo afín) y cuando los hijos comunes son mayores de edad en situación de discapacidad, provistos de un apoyo intenso con facultades de representación, asimetría motivada por la precedencia en el tiempo de la norma adjetiva frente a la de naturaleza sustantiva, lo cual deberá ser superado con una interpretación correctora del precepto de índole procesal conforme con la norma sustantiva que es posterior en el tiempo.

¹³ Es dable apuntar que en las observaciones finales sobre los informes periódicos tercero a sexto combinados de Cuba, aprobadas por el Comité de los derechos del niño en su 19º período de sesiones (3 de mayo a 3 de junio de 2022), si bien el Comité *“acoge con satisfacción el reconocimiento de los niños como sujetos de derechos en el artículo 86 de la Constitución de 2019 y observa la Instrucción núm. 216/2012 del Tribunal Supremo Popular sobre la importancia de escuchar las opiniones de los niños durante las actuaciones judiciales”*, recuerda además *“su observación general núm. 12 (2009), relativa al derecho del niño a ser escuchado”* por lo que *“recomienda al Estado parte que: a) Garantice la aplicación efectiva de la legislación que reconoce el derecho del niño a ser escuchado en los procedimientos judiciales y administrativos pertinentes”*, particular que resulta marcadamente regulado en el nuevo Código de las familias, aprobado precisamente unos meses después del examen realizado al Estado cubano por el citado Comité.

4.6. Pronunciamientos de la sentencia de divorcio. Del derecho real de habitación

La resolución judicial que dispone la disolución del vínculo matrimonial entre los cónyuges se ha de pronunciar –según dispone el artículo 280 del Código de las familias- sobre:

a) Titularidad¹⁴ y ejercicio de la responsabilidad parental¹⁵. En principio, ha de disponerse que estos sean en conjunto. No obstante, si las condiciones así lo propician, conforme con el interés superior del niño, niña o adolescente y siempre que resulte probado en un proceso ordinario, con las garantías que a tal efecto se ofrezcan, en los trámites del divorcio, puede que uno de los padres o madres sea privado de la responsabilidad parental¹⁶ o suspendido de su ejercicio¹⁷, – lo cual es excepción, no regla-. En tales circunstancias, se determinará que la guarda y cuidado del niño, niña o adolescente la tenga aquel o aquella que no ha sido ni privado de la responsabilidad parental, ni suspendido de su ejercicio, estableciéndose a tal fin, si procede o no un régimen de comunicación familiar con quien fue privado de la responsabilidad parental o suspendido de su ejercicio, en tanto ello no supondría necesariamente una restricción absoluta del régimen de comunicación y sí, quizás, ciertas limitaciones o restricciones de naturaleza relativa.

¹⁴ La titularidad es un efecto de la filiación, según lo dispone el artículo 140 del Código de las familias.

¹⁵ El artículo 141.1 del Código de las familias deja esclarecido que *“El ejercicio de la responsabilidad parental comprende el cumplimiento efectivo de su contenido y corresponde de conjunto a sus titulares con independencia de si conviven o no con sus hijas e hijos, salvo que respecto a alguno de ellos se haya extinguido o dispuesto la exclusión, la privación de la titularidad o la suspensión de su ejercicio por sentencia judicial”*, en tanto que los artículos 138 y 139 regulan el contenido.

¹⁶ La privación de la responsabilidad parental es privada judicialmente en los supuestos a que hace alusión el artículo 191 del Código de las familias, a saber, cuando padres o madres:

- “a) Incumplan grave o reiteradamente los deberes previstos en el Artículo 138 de este Código;*
- b) ejerzan malos tratos, castigo corporal u otra manifestación de violencia, o cualquier hecho que en el entorno familiar lesione o menoscabe física o psíquicamente, directa o indirectamente, a las niñas, los niños o adolescentes;*
- c) induzcan a la hija o el hijo a ejecutar algún acto delictivo;*
- d) abandonen a la hija o el hijo, aunque se encuentre bajo la guarda y el cuidado de otra u otras personas;*
- e) observen una conducta viciosa, corruptora o delictiva que resulte incompatible con el debido ejercicio de la responsabilidad parental;*
- f) cometan delito contra la persona de la hija o el hijo; y*
- g) arriesguen la vida o la integridad psíquica y física de la hija o el hijo”.*

¹⁷ Lo cual procede, según el artículo 193 del Código de las familias, *“cuando, a criterio del tribunal, el incumplimiento de los deberes a que se refiere el Artículo 138 del (...) Código no es grave; cuando la madre o el padre es una persona en situación de discapacidad a la que se le ha nombrado un apoyo intenso con facultades de representación, y mientras persista esa circunstancia, o cuando sea declarada judicialmente la ausencia de uno o ambos”.*

b) Guarda y cuidado. La sentencia igualmente debe pronunciarse sobre el régimen de guarda y cuidado de los hijos e hijas tenidos por la pareja, dentro o fuera del matrimonio, cualquiera sea la fuente de filiación, siempre que se trate de menores de 18 años de edad. La guarda y cuidado se prefiere que sea compartida (artículos 151.3 y 282), de modo que el tribunal velará porque la pareja llegue a un acuerdo a tal fin, de darse las circunstancias a que se refiere el artículo 152. En defecto de una guarda y cuidado compartidos, entonces se dispone una con carácter unilateral.

c) Régimen de comunicación familiar. El tribunal que conozca del divorcio fijará en la sentencia el régimen de comunicación familiar que se adopte respecto de los hijos e hijas menores de edad, el que estará supeditado al régimen de guarda y cuidado que en definitiva se apruebe:

- Si se trata de una guarda y cuidado unilaterales, el régimen de comunicación familiar entre la hija o el hijo y el titular de la responsabilidad parental no guardador, procurará una relación personal periódica y una fluida comunicación oral y escrita, incluida también la realizada por medios tecnológicos, a tenor de lo dispuesto por el artículo 156.1. Por supuesto, ello sería lo fisiológico, que puede adaptarse a las circunstancias particulares del caso tomando como primicia lo que resulte mejor en beneficio del niño, niña o adolescente.

-Si se trata de una guarda y cuidado compartidos, que es la opción preferente propuesta por el legislador en función de la corresponsabilidad parental, entonces conviene establecer un régimen de comunicación en el período en que el hijo o hija menor de edad no se encuentre con el que en ese momento funge como guardador (artículo 154). En este caso, el régimen de comunicación deberá ser temporal, o sea, limitado a ese preciso período de tiempo y habrá que establecerlo respecto de todos los titulares de la responsabilidad parental, pues en este régimen, en cualquiera de sus modalidades, el hijo o hija pasará días, semanas o meses con uno de los padres o madres y el período siguiente con el otro si es alternado (artículo 153.3), incluso si es indistinto (artículo 153.4) pues en este último, si bien *“las hijas y los hijos mantienen los más amplios espacios de convivencia con los titulares de la responsabilidad parental, y su ejercicio se distribuye entre ellos en atención a los requerimientos del grupo familiar”*, residirán *“de modo preferente o principal con uno u otro”*, período este último en el que indudablemente será necesario prever cómo será el régimen de comunicación, que aunque fluido, deberá regularse en el plan de parentalidad que podrá ser acordado de común acuerdo por los titulares de la responsabilidad parental, o dispuesto por el tribunal competente. El régimen de comunicación puede ser

totalmente abierto, sin más reparos, siempre en función de una coherente y armónica vinculación afectiva con los hijos e hijas que permita fomentar los más nobles y altruistas valores y principios en los que sustentan la formación de la personalidad. Empero, nada impide -y en ocasiones puede ser aconsejable- que los padres y las madres, atendiendo siempre a lo que resulte más útil y beneficioso al interés de sus hijos e hijas determinen sopesadamente cómo, en qué circunstancias, bajo qué condiciones, en qué lugar, a través de qué vías concretas de comunicación pueda darse el contacto con sus hijos e hijas menores de edad, y el tribunal lo apruebe en la sentencia. Se trataría de una organización detallada de la comunicación, ajustándose en todo caso al régimen de guarda y cuidado establecido, pues de él depende.

- En materia de régimen de comunicación, cuando así se solicitare, el tribunal también debe pronunciarse sobre la comunicación familiar con los abuelos o abuelas y respecto de otros parientes y personas afectivamente cercanas de acuerdo con lo dispuesto en los artículos del 156 al 162 del Código de las familias, ello según el dictado del artículo 282.2 y 3 del propio Código.

- Excepcionalmente puede disponerse también a favor de los hijos e hijas afines, menores de edad, la obligación de dar alimentos, así como un régimen de comunicación familiar. La obligación de dar alimentos siempre tendrá carácter subsidiario, o sea, cuando no sea posible su cumplimiento por el padre o madre no guardadora. Estos alimentos, en caso de imponerse, suelen tener carácter transitorio, o sea, hasta tanto el padre o madre no guardador puedan asumir la obligación, pero nada priva que sea impuesta judicialmente, sin que haya vocación - en el caso- de temporalidad alguna. En relación con el régimen de comunicación familiar, los artículos 186 y 187 del Código habilitan la posibilidad de establecer un régimen de comunicación con el padre o madre afín, tras la ruptura de la unión de hecho afectiva o del matrimonio y es lógico que así sea¹⁸. Forma parte de los pesos y contrapesos que busca el legislador para lograr el

¹⁸ Como aduce la profesora MÉNDEZ TRUJILLO "(p)ara la preservación de los profundos lazos afectivos que pueden surgir en la familia ensamblada se extiende el derecho de comunicación de los menores de edad con quienes justifiquen un interés legítimo. Visto así, queda sentado que surge dada la prevalencia del afecto dentro de la modalidad familiar en estudio, en tanto no todo el que ha convivido bajo su paradigma debe recibir el beneficio de este régimen relacional cuando se ha disuelto esta. En última instancia, será la autoridad judicial quien concrete su contenido, frecuencia y extinción, valorando una serie de pautas que se deben tipificar para que el tercero cualificado, e incluso sus familiares sean merecedores del derecho a comunicarse con el hijo de quien fue su pareja, formalizada o no". *Id.* MÉNDEZ TRUJILLO, Iris María, *Guarda y cuidado y régimen de comunicación de los menores de edad en familias ensambladas*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2020, p. 107.

justo equilibrio entre la autonomía por una parte y la responsabilidad familiar por la otra. Si bien, nada priva que las personas puedan vincularse y desvincularse según su proyecto personal de vida familiar, con la desvinculación afectiva de la pareja, paralelamente no puede existir una desvinculación también afectiva de los hijos e hijas comunes, particular que tampoco debería darse respecto de los hijos e hijas de su pareja en relación con los cuales asumieron ciertos deberes y responsabilidades. Si el padre o madre afín así lo considera y se dan las circunstancias que le legitiman para ello, puede interesar un régimen de comunicación con quien ha sido su hijo o hija afín. Ello dependerá de los parámetros o presupuestos que el artículo 186 deja establecido a tomar en consideración por los tribunales o también por el notario que autoriza la escritura pública de divorcio por mutuo acuerdo, según lo dispuesto en el artículo 187. Tratándose de hijos e hijas afines, la medida a adoptar, tendría carácter excepcional, para lo cual se dispone que ha tenerse en cuenta:

“a) El interés superior de la niña, el niño o adolescente;

b) el nivel o intensidad de las relaciones afectivas existentes entre ellos;

c) la presencia de otras hijas y otros hijos comunes habidos de ese nuevo matrimonio o unión de hecho afectiva;

d) el interés legítimo atendible que tiene quien solicita el régimen de comunicación o la guarda y el cuidado con la hija o el hijo afín menor de edad; y

e) el desempeño que en su vida tiene la madre o el padre no guardador”.

d) El derecho de alimentos. En la sentencia se establece la obligación de dar alimentos del cónyuge -en su condición de padre o madre- que no tiene la guarda y el cuidado del hijo o hija común, menor de edad. En ella el tribunal competente debe dejar esclarecida la ascendencia de la pensión, en proporción a las necesidades que tenga el o los alimentistas. El legislador la diseña como una obligación alternativa en la que el alimentante tiene la posibilidad de elegir *“pagando la pensión que se fije o recibiendo y manteniendo en su propia casa a quien tiene derecho a ello, lo que solo procede si no se afectan disposiciones relativas a la guarda y el cuidado del alimentista y no existen impedimentos que lo hagan inviable”* (artículo 32).

La sentencia también debe determinar el lugar de cumplimiento de la obligación de dar alimentos, la moneda de pago, así como la fecha de pago, en el entendido de que tal pensión se paga mensualmente por adelantado (artículo 284.1). La sentencia es título ejecutivo a favor del alimentista que en su

condición de acreedor, puede promover un proceso ejecutivo en caso de que no se cumpla con el pago de la deuda, constituida a su favor, y judicialmente determinada. En dicha sentencia se puede también fijar la obligación de dar alimentos a favor del o de la cónyuge que se encuentre en una situación de vulnerabilidad patrimonial en el momento de fallarse el proceso de divorcio. Para que uno de los cónyuges tenga derecho a alimentos debe cumplir con los siguientes presupuestos que serán tomados en cuenta por el tribunal al momento de dictar sentencia, a saber:

- Que ambos cónyuges hayan convivido por lo menos un año, con lo cual se evidencia cierta prolongación en el tiempo del matrimonio (artículo 275.1).

- Que hubieren procreado en común, supuesto en el cual se prescinde de la duración del matrimonio, pues la existencia de un hijo en común es suficiente para que se pueda exigir el crédito alimenticio. Tal procreación puede ser, antes o durante el matrimonio (artículo 275.1).

- Que además se acredite una situación de vulnerabilidad patrimonial, en tanto no se tiene trabajo remunerado y se carece de otros medios de subsistencia, así, por ejemplo, no procedería si se justifica que aun careciendo de trabajo remunerado, percibe una renta por arrendar un inmueble del cual es titular. Este requisito debe acreditarse yuxtapuesto a alguno de los dos que se enuncian en con anterioridad (artículo 275.1 a).

- Que se esté en situación de discapacidad, edad, enfermedad, que le impida trabajar y que además se carezca de otros medios de subsistencia (artículo 275.1 c).

Ahora bien, la duración de la pensión será de un año, si el cónyuge que reclama alimentos no tiene hijos o hijas menores de edad comunes con el obligado a dar alimentos, o hijos o hijas que siendo mayores de edad, su situación de discapacidad les lleva a que se le nombre un apoyo intenso con facultades de representación (artículo 275.1 a). De existir hijos o hijas comunes, el plazo será el que a criterio del tribunal resulte razonable a los fines de que el acreedor de los alimentos pueda obtener trabajo remunerado que le permita superar tal situación de vulnerabilidad económica (artículo 275.1 b). En el supuesto en que el cónyuge acreedor de los alimentos esté en situación de discapacidad, la obligación de dar alimentos a su favor, dura mientras persista el impedimento (artículo 275.1 c)

e) El derecho real de habitación de la vivienda en la que residió el matrimonio (artículo 280 e)¹⁹. A los fines de proteger al cónyuge que esté en situación de vulnerabilidad en el seno de la familia, se ha previsto por el legislador que en la sentencia de divorcio, en los casos en que procede, el tribunal reconozca la constitución de este derecho real a favor del habitador, a saber: el cónyuge que, de conformidad con el artículo 285 del Código cumpla los requerimientos allí establecidos. Para ello, el tribunal ha de apreciar como premisa de alcance general que se tenga la propiedad exclusiva sobre la vivienda y no se esté en una situación de cotitularidad. Es al propietario al que se grava con el reconocimiento del derecho real de habitación a favor de su pareja, cuando:

- Se ostenta la guarda y el cuidado unilaterales de las hijas y los hijos menores de edad, o se ha sido nombrado como apoyo intenso con facultades de representación de las hijas y los hijos mayores de edad en situación de discapacidad, y no se ostenta la titularidad sobre una vivienda o en cualquier otro concepto (como puede ser el de arrendamiento) que le permita residir en ella, o sea, no es suficiente la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los hijos o hijas, sino también que se carezca de la titularidad de un inmueble, requisitos que han de apreciarse a modo de yuxtaposición para que el tribunal disponga la constitución del derecho real, cuyo título formal será la sentencia que en su día se dicte disolviendo el vínculo matrimonial.

-Igualmente, cuando sin estar en las circunstancias expuestas con anterioridad, uno de los cónyuges prueba durante la sustanciación del divorcio su “extrema necesidad”, de la mano de la imposibilidad fáctica de procurarse una vivienda en un breve período de tiempo, lo cual será de valoración judicial, es decir, se trata de una situación de vulnerabilidad que se da en una persona, ya sea por la situación de discapacidad o avanzada edad u otras circunstancias, lo cual justifica que no puede marcharse de la vivienda en la que residiera con su pareja, pues le llevaría a estar desvalida, por carecer, además (presupuesto de

¹⁹ Ello motivó la necesidad de incluir un nuevo derecho real en el Código civil: el de habitación, que no tenía asidero legal en el ordenamiento civil cubano. Por ese motivo, la Disposición final novena del Código de las familias incluyó el artículo 231 bis del Código civil, conforme con el cual: “1. *El derecho de habitación es aquel por el que una persona natural puede residir de forma gratuita en un inmueble ajeno o en parte de este.*

2. *El régimen jurídico del derecho de habitación es el que se determine en su título constitutivo.*

3. *Se constituye siempre de forma temporal y nunca puede exceder la vida del habitador.*

4. *El habitador no puede ceder, transmitir, arrendar o gravar el derecho de habitación por actos entre vivos o por causa de muerte, ni cabe ejecución de este derecho por sus acreedores.*

5. *El habitador tiene la obligación de conservar el inmueble y no transformar su naturaleza ni forma habitual, y el propietario, la obligación de mantener al habitador en el ejercicio pacífico de su derecho”.*

naturaleza objetiva) de un lugar donde pudiera residir y vivir con dignidad. En principio, compete al tribunal determinar en la sentencia la duración del derecho real de habitación, duración en sí que es discrecional, pues será el tribunal el que lo determine –según el principio de realidad familiar– en la sentencia. Puede también el tribunal, en caso de que así se interese, favorecer al titular del derecho real de habitación, con la prohibición de la facultad de disponer respecto del titular del inmueble por el plazo en que se dispuso el derecho real de habitación, a menos que haya acuerdo de la pareja al respecto. Se trata, en ambos casos, de garantías que tienden a paliar la situación de vulnerabilidad de uno de los miembros de la pareja, de cara a la crisis matrimonial que desemboca en el divorcio, respecto de la vivienda en la que esta residiera (artículo 286 del Código de las familias).

f) El cuidado de los animales de compañía²⁰. Compete al tribunal también en la sentencia –si así ha sido pretendido por las partes– pronunciarse sobre el cuidado de los animales de compañía²¹. La finalidad no es sino concretar el régimen de convivencia y cuidado de estos, permitiéndose pactar a los cónyuges sobre dicho cuidado, la manera en la que aquel (sea su titular o no) –al cual se le haya confiado– pueda tenerlos consigo, teniendo como pivote o principios informadores: el interés de los miembros de la familia y el bienestar animal²². Emerge así el bienestar animal como un principio de orden público que incluso puede limitar el principio de autonomía privada de la pareja en crisis familiar²³.

²⁰ Por tales se entiende – según el artículo 33.1 del Decreto-Ley No. 31/2021, de 26 de febrero, “De bienestar animal”, *“las especies que estén domesticadas para acompañar a las personas o con el objetivo de su disfrute”*. En la doctrina española se ha explicado que “se observan dos caracteres, más o menos comunes, que conforman la noción de ‘animal de compañía’: a) de un lado, la convivencia con su propietario en la vivienda u hogar de este; y, b) por otro, el hecho de que la tenencia del mismo obedece principalmente a una función de compañía, sin perjuicio de que aquél pueda generar rentas para su dueño”. Así, CHAPARRO MATAMOROS, Pedro, “Capítulo 9. Los animales y sus frutos como objeto de garantía crediticia”, en *Un nuevo Derecho civil para los animales, Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre*, Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (director), Reus, Madrid, 2022 (pp.197-225), p. 202.

²¹ Fue la Ley española 17/2021, de 15 de diciembre (de modificación al Código civil, la Ley hipotecaria y la Ley de enjuiciamiento civil, la fuente inspiradora de tal particular, cuando en ocasión de discutirse en diciembre de 2021 el entonces Proyecto de Código en la Asamblea Nacional del Poder Popular se planteó por una diputada, y luego fue aprobado por el Parlamento, la necesidad de su incorporación al Proyecto, dado el silencio que existía al respecto y el reclamo social a tal fin. Tómese en cuenta que, a diferencia del legislador español que establece un nuevo régimen jurídico desde el Derecho civil para los animales, motivo por el cual se introduce una reforma en todo el articulado de dicho Código, el Código civil nuestro que es ajeno al Código de las familias, no tuvo modificación alguna.

²² El que – conforme con el artículo 2.2. del Decreto-Ley No. 31/2021 es “*el adecuado estado físico y mental de un animal en relación con las condiciones en las que vive y muere*”.

²³ Sobre el tema y en concreto, su antecedente en el Derecho comparado, el artículo 94 bis del Código civil español, *vid.* CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo y Manuel GARCÍA MAYO, “Capítulo 16. Crisis familiares y animales domésticos”, en *Un nuevo Derecho civil...*, *cit.*, pp. 397-434.

g) La compensación económica a favor del cónyuge que se ha dedicado al trabajo doméstico y de cuidado. El tribunal dispondrá en su sentencia dicha compensación a favor de aquel de los cónyuges que ha hecho renuncias a su vida productiva, dedicándose con regularidad al trabajo del hogar. Para que el tribunal disponga tal compensación -solicitada a instancia de parte- hay que probar la desventajosa situación patrimonial en la que queda uno de los cónyuges tras el divorcio, de ahí la naturaleza compensatoria de esta figura. Se pretende actuar de forma equitativa, sin que se busque la plena igualdad patrimonial entre los cónyuges, pero sí, un justo equilibrio entre los patrimonios de uno y de otro. No se trata de una acción indemnizatoria, dada la ausencia de un ilícito civil. Tiene su razón en el principio de solidaridad familiar y en que el matrimonio no sea la causa de un desbalance de la pareja, de modo que propicie el enriquecimiento patrimonial de uno de los cónyuges, a costa del empobrecimiento del otro. Como se ha sostenido desde la doctrina argentina “la compensación económica propicia la superación de la pérdida económica que el divorcio pudo haber provocado en alguno de los integrantes de la pareja. Ello, especialmente, cuando en la unión se haya originado una desigualdad entre las capacidades de ambos de obtener ingresos, cuestión que, mayormente, la liquidación del régimen patrimonial matrimonial resulta incapaz de solucionar”²⁴. Se trata de una herramienta que busca una mayor equidad de la vida después del divorcio. Ciertamente, desde una perspectiva de género, “(l)a compensación económica no puede perder de vista los roles desempeñados por los/las cónyuges dentro de la vida familiar, situación que puede presentarse con prescindencia del género. Se trata de una herramienta que apunta a preservar la autonomía y la igualdad real de oportunidades de modo que cada uno/a pueda emprender la nueva etapa sin que la autoestima se vea lesionada ni obstruida la posibilidad de conformar nuevas relaciones familiares”²⁵.

5. DEL DIVORCIO NOTARIAL

¿Por qué desjudicializar el divorcio por mutuo acuerdo? ¿Es acaso una tendencia? La experiencia vivida en los últimos años en Iberoamérica es interesante²⁶. Sin duda, cada Estado que ha desjudicializado el divorcio lo ha hecho a

²⁴ SILVA, Cristina I., Julio A. MARTÍNEZ ALCORTA, “La compensación económica desde la perspectiva de género”, *La Ley*, 07/04/2021, 3, cita: TR LALEY AR/DOC/819/2021.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Sobre el tema, *vid.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “El divorcio por mutuo acuerdo ante notario

partir de sus propias particularidades, tomando en consideración la realidad y el entorno socio-jurídico. No se olvide que el divorcio no solo importa para los juristas. Es una figura que constituye centro de atención para la Demografía, la Psicología, las Estadísticas, la Sociología, en tanto supone la ruptura del matrimonio, históricamente base de la familia, si bien ya ahora superado, en el sentido de que no es la única fuente de formación familiar (*vid.* artículo 82 de nuestra Constitución), con innumerables consecuencias que van más allá del Derecho.

Quienes han incursionado en este tema centran la atención en la necesidad de buscar nuevos cauces en pos de solucionar, con la menor lesividad posible, la decisión de la pareja de poner fin al matrimonio. La vida ha demostrado que los negocios con la Diosa Themis en este orden, tienden a provocar más heridas, a partir de los argumentos y contra argumentos que se incluyen en los escritos polémicos del debate judicial. Aún con la creación de una jurisdicción familiar y de garantías en sede judicial a los asuntos que se ventilen en materia de familia, el divorcio litigioso multiplica rencores, las partes se convierten en enemigos que buscan el chantaje emocional, e incluso que toman como rehenes de sus mezquinos intereses, a sus propios hijos e hijas, en una lucha sin cuartel por lograr sus propósitos, sus deseos de venganza y sus frustraciones. Es cierto que el divorcio por mutuo acuerdo también tiene cabida en sede judicial – tal y como lo demuestra la reciente reforma procesal de Cuba-. Pero aun así, se desnaturaría la esencia de la función judicial, si los jueces se limitan a homologar el acuerdo al que arriban los cónyuges, cuando dentro de la Administración Pública, e incluso fuera de ella, hay funcionarios con facultades que le permiten tal homologación, o instrumentación del referido acuerdo o convenio, amén de los controles de legalidad, y también de equidad, o de lesividad –como se le suele nombrar en el Derecho español-.

en Cuba: Mitos y tabúes”, *Revista de Derecho de Familia*, No. 35, noviembre-diciembre 2006, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, pp. 207-248; PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Un ‘fantasma’ recorre Latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo ante notario”, *Revista Actualidad Jurídica*, Lima, Perú, tomo 183, febrero 2009, pp. 345-361; *El divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial. La experiencia latinoamericana*, (Leonardo B. Pérez Gallardo, coordinador) Bitecsa, Managua, 2010; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, “Separaciones y divorcios por mutuo acuerdo ante notario en el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria: su elogio no exento de crítica”, en *Revista de Derecho Privado*, No. 2, marzo-abril 2014, pp. 97-115; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, “El divorcio notarial que viene: entre su oportunismo político y su exigencia constitucional”, *Academia Sevillana del notariado*, tomo 25, 2014, pp. 83-118; ORDELIN FONT, Jorge Luis, “Dos décadas de divorcio notarial en Cuba: ¿Hacia dónde vamos?”, *Anuario Iberoamericano de Derecho notarial*, Nos. 4-5, 2015-2016, pp. 15-42.

El hecho de que la pareja que ha visto frustrado su proyecto de vida en común por el cual apostaron al casarse, opten por el divorcio en sede notarial, es expresión de un cierto sentido de civilidad. Las normas jurídicas reguladoras del divorcio deben interpretarse a tono con los tiempos en que vivimos.

No obstante, tampoco comparto, en todo, la tesis que tiende a contraponer el divorcio al matrimonio, jurídicamente hablando, o sea, como las dos puertas de un recinto cerrado, así el matrimonio supone la de entrada, y el divorcio la de salida. En este sentido, no creo que sea una mera ecuación el que la atribución de la competencia al notario para conocer del matrimonio, tenga que venir inexorablemente de la mano de la atribución de igual competencia para conocer del divorcio²⁷. Matrimonio y divorcio no tienen las mismas consecuencias, sobre todo de cara a terceros, ya sean estos, personas menores de edad, o no. Es cierto que cuando la pareja formaliza matrimonio el Derecho tiende a ser menos exigente en el orden sustantivo y hasta formal -por supuesto, con independencia de los sistemas matrimoniales más solemnes o menos solemnes en el Derecho comparado-, que cuando decide divorciarse. Y entiendo y comparto esa diferencia de tratamiento legislativo. Ello está dado porque al casarse, en ese momento, si bien muta el estado conyugal de la pareja, la decisión en el orden estrictamente jurídico tiene menos consecuencias, que la que posteriormente podría tener de cara a las hijas e hijos, sobre todo cuando éstos aún son personas menores de edad, o siendo mayores de edad, están en una situación de discapacidad para la cual se les ha nombrado un apoyo intenso con facultades de representación, o para los propios cónyuges, o para terceros acreedores de la comunidad matrimonial de bienes – de ser el régimen económico del matrimonio-. El divorcio supone no solo el fin de la vida afectiva, el finiquito de los deberes personales, sino también el nacimiento de ciertas obligaciones de contenido patrimonial, la extinción y liquidación del régimen económico patrimonial, si éste fue común, de los derechos sucesorios *ab intestato* y legitimarios entre los miembros de la pareja, amén de los efectos de contenido personal respecto de la prole. El divorcio cierra un paréntesis, a la vez que es el inicio de otro, cuyo cierre no se divisa en tiempos.

²⁷ No siempre ha sucedido así en el Derecho iberoamericano, *v.gr.*, en Ecuador y en Perú los notarios que tienen atribuida competencia para conocer del divorcio por mutuo acuerdo, no autorizan escrituras públicas de matrimonio.

Como expone Culaciati, buscando alternativas en la sociedad argentina, tras la entrada en vigor del Código civil y comercial de la Nación, el 1 de agosto de 2015, “La desjudicialización constituye, (...) el paso siguiente en la evolución del divorcio, que debemos observar como una denuncia o exteriorización ante el Estado de la finalización de la relación afectiva que sustentaba el matrimonio. Es el Estado el mayor interesado en que sus registros se condigan con la realidad. Esta denuncia alitigiosa, que sólo exige la constatación de la voluntad y ciertos requisitos, debe ser externada de la sede judicial y escindida de las cuestiones relativas a la ruptura marital pues, además, ello supondría la reducción del conflicto familiar al que los hijos se ven expuestos; reduciendo los costos económicos, psicológicos y emocionales a los estrictamente ocasionados por el quiebre afectivo, sin añadir los propios del proceso judicial lo que, por propiedad transitiva, contribuye a cimentar la relación en la etapa post-divorcio”²⁸.

En este orden, la tendencia ha sido la de compatibilizar las vías judicial y extrajudicial. Ningún ordenamiento jurídico que ha reatribuido competencias, ha despojado al poder judicial de la competencia para conocer del divorcio por mutuo acuerdo, en algunos casos como alternativa o facultad de las partes, que es lo más loable y lo más común entre los ordenamientos jurídicos que han promovido el divorcio ante notario.

No es dable seguir defendiendo la idea de que el divorcio en sede notarial se sustenta, en esencia, en que va a aliviar la carga o el peso que gravita sobre los tribunales, y sí, por el contrario, confirmar la razón científica que justifica por qué el notariado puede ser competente para conocer de un procedimiento familiar que siempre ha estado confinado en sede judicial. La *ratio* por la cual se le atribuye competencia al notario no puede estar únicamente en función de aligerar la labor judicial, de facilitar la celeridad de las actuaciones judiciales, sino de la propia naturaleza del asunto, y de la concesión a las personas de facultades o alternativas para encauzar sus pretensiones, en concreto la legalización de la ruptura de su vínculo matrimonial, la obtención de un título formal que legitime su nuevo estado conyugal. La búsqueda de una justicia no judicial se sustenta hoy no solo en la actuación del notario, sino también de otros medios alternativos de solución de conflictos.

²⁸ CULACIATI, Miguel, “Razones y sinrazones que demoran la desjudicialización del divorcio en la Argentina”, en Revista *Ius*, del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, No. 36, año V, invierno 2015 (pp.389-417) p. 364.

5.1. Reglas de competencia

Competente será cualquier notario de todo el país, en tanto no hay reglas de distribución territorial de la competencia para conocer de las solicitudes de divorcio por mutuo acuerdo.

5.2. Instrumentación

Tratándose de un acto jurídico familiar, la envoltura documental del acuerdo de disolución del matrimonio por la pareja es la escritura pública (*vid.* artículo 13 a) de la Ley de las Notarías Estatales). Dicha escritura no solo tiene eficacia probatoria sino también ejecutiva respecto del crédito alimentario (*vid.* artículo 620.1 a) del Código de procesos).

5.3. Posibilidad de actuar a través de un apoderado

La promoción del divorcio por mutuo acuerdo ante notario no tiene carácter personalísimo. En principio, se trataría de una comparecencia por sí, pues ambos cónyuges han de interesar del notario la instrumentación del divorcio, y con ello de los pactos a los que arriben. No obstante, excepcionalmente, al menos uno de los cónyuges se puede hacer representar por un apoderado, siempre que en la escritura de apoderamiento se refleje por el notario la razón que, a juicio del notario, justifica el otorgamiento del poder. Así lo dispone el artículo 292.2 del Código de las familias. La citada representación puede recaer también en un abogado, supuesto para el cual no será necesario poder causídico, siendo suficiente concertar un contrato de servicios jurídicos con él (*ex* artículo 415.2 del Código civil). La cuestión de la justificación del motivo de la ausencia, debe incluirse en la parte expositiva de la escritura pública de divorcio por mutuo acuerdo y no solo depende del juicio del notario autorizante de la escritura que contiene el negocio de apoderamiento, sino también del que de el notario que autorizaría la escritura contentiva del negocio representativo.

5.4. Pactos sobre el divorcio

Si el divorcio se sustancia en la vía notarial, los cónyuges instrumentan sus acuerdos a través de pactos. Estos pactos –viva expresión de lo que la doctrina

ha llamado la contractualización del Derecho familiar²⁹- son los acuerdos que los cónyuges arriban sobre aspectos de contenido personal y patrimonial a los que ya se ha hecho referencia en ocasión de explicar el contenido de la sentencia de divorcio³⁰. Los pactos se vuelcan en la escritura pública, tras los controles, no solo de legalidad, sino también de equidad que el notario ha de hacer. De ahí la alerta del artículo 295 del Código de las familias – relativa a la aplicación por el notario de la equidad y de los principios en materia familiar. A tal fin, el apartado 1 de dicho artículo prevé que este determine “*si los pactos propuestos se ajustan a la equidad y son coherentes con los principios que en materia familiar establece el ordenamiento jurídico cubano y las normas de Derecho internacional que sean de aplicación, siempre que estas resulten compatibles con los derechos reconocidos en la Constitución de la República de Cuba*”. Tales controles, tanto el de legalidad como el de equidad no son sino controles de autoridad, en tanto no hay una degradación del control estatal sobre el vínculo matrimonial que se rompe a causa del divorcio. La manera de dibujar los pactos en el divorcio no es tan flexible como en el contrato, hay un orden público familiar infranqueable que actúa como contrapeso de la autonomía privada y ello es advertido por el legislador, incluso al momento de reconocer este importante principio (artículo 3.1 l). Ni tampoco el contenido del divorcio es esencialmente patrimonial, como acontece en los contratos. Como aduce Pérez de Ontiveros en ocasión del debate suscitado en España por la desjudicialización del divorcio: “Admitido el valor que ha de darse a esta autonomía de la voluntad en la separación y disolución del vínculo, y en la necesidad de un control de la decisión

²⁹ Como expresa la profesora KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “La autonomía de la voluntad en el Derecho de familia argentino”, en *Derecho de las familias, infancia y adolescencia*, Infojus, Buenos Aires, 2014 pp. 3-42, a los efectos de apaciguar a los acérrimos detractores de esta posición teórica, con esta expresión “se entiende el hecho de otorgar relevancia cada vez mayor a los acuerdos de voluntad en la organización de las relaciones familiares. La tendencia no se reduce, pues, a los convenios que contienen vínculos obligacionales cuyo objeto es susceptible de tener valoración económica y que responden a un interés, aunque no sea económico del acreedor (...). Comprende, también otro tipo de acuerdos que no son susceptibles de tener valoración económica” (pp. 5-6), se trata de determinar “si la autonomía, como expresión de la voluntad, impacta y cuánto en las relaciones que configuran ‘vida familiar’” (p. 7). En esa misma dirección MEDINA, Graciela, “Contractualización del Derecho de familia”, en *Estudios sobre contratos en homenaje al académico Jorge Horacio Altermi*, Thomson Reuters – La Ley, Buenos Aires, 2020, pp. 69-100, quien expresa que “cuando se hace referencia a la contractualización del derecho se alude a la regulación privada realizada por individuos o familias de sus derechos y obligaciones familiares a través de instrumentos privados jurídicamente vinculantes”, con la importante aclaración de que “(e)l término ‘contractualización’ es ejemplificativo, ya que, en realidad, deberíamos hablar de ‘convencionalización del derecho de familia’ y no de contractualización, porque no se trata de contratos, sino de convenios, pero en español ‘convencionalización’ es un neologismo que no suena bien” (p. 70). Con una posición mucho más incisiva, *vid.* BORRILLO, Daniel, “La contractualización de los vínculos de familia”, en *Derecho de familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, No. 79, mayo 2017, pp. 1-19.

³⁰ Por ese motivo se hace innecesario pasar revista de nuevo a su contenido, remitiendo a lo ya explicado en ocasión del estudio del contenido de la sentencia judicial en la que se dispone el divorcio.

adoptada y las medidas que la acompañan, el debate se centra en el hecho de si tal control debe atribuirse necesariamente a los órganos jurisdiccionales o encomendarse a otros profesionales al servicio del Estado, como ha hecho la nueva ordenación”³¹. El notario es un profesional del Derecho en quien el Estado delega el ejercicio de la fe pública, precisamente para dar autenticidad, legitimidad y veracidad a la actuación de los particulares. No se trata de privatizar el Derecho de las familias. Permitir que la pareja pueda acudir ante el notario para instrumentar su decisión de desvincularse sin probar causa alguna que “justifique” la disolución, no implica que el Estado no tenga interés en proteger la familia y, en consecuencia, no controle de algún modo la decisión de los cónyuges. El notario está precisamente para ello. No se trata de una transformación copernicana del divorcio, sino de encauzarlo por las vías que más se atengan a su propia naturaleza, conforme con los reclamos sociales.

5.5. Modificación de los pactos sobre el divorcio

Tras la disolución del vínculo matrimonial y al sobrevenir un cambio de circunstancias, distintas a las que se tuvieron en cuenta cuando se autorizó la escritura pública de divorcio, ambos miembros de la pareja – de estar de acuerdo – pueden modificar el contenido de los pactos sobre el divorcio (artículo 296.1 del Código de las familias). Al tratarse de pactos, se requiere que los dos acudan ante notario, no necesariamente el que instrumentó los pactos que se modifican y expresen de consuno qué pacto modifican.

El notario que autorice la modificación de los pactos ha de librar – de oficio – comunicación al notario a cuyo cargo está el protocolo donde obra la escritura pública cuyo contenido resulta modificado o alterado³², dejando constancia de tal comunicación al margen de la escritura pública de modificación (artículo 296.2 del Código de las familias). Siempre que se modifiquen los pactos, el notario autorizante de la escritura tendrán en cuenta no solo los controles de legalidad y equidad respecto del o de los pactos que se alteran, sino también el

³¹ PÉREZ DE ONTIVEROS, Carmen, “Separación y divorcio matrimonial: una lectura inicial tras las modificaciones introducidas por la ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria”, BIB 2015\15870. Thomson Reuters Aranzadi, 25 de noviembre 2015 (tomado de westlaw).

³² Se hace referencia al notario que tenga a su cargo la matriz, porque necesariamente no tiene que ser el notario que la autorizó. También cabe que el protocolo esté ya en el Archivo provincial de protocolos notariales por el transcurso del plazo de 20 años que establece la ley, o que esté a cargo de otro notario que tiene su sede en la propia Unidad notarial, cuando así se ha dispuesto por el Director provincial de Justicia, dado el cese en el ejercicio de sus funciones del notario autorizante, ello solo a guisa de ejemplo.

dictamen del fiscal y la escucha del niño, niña o adolescente, si a su juicio, procede – según se infiere de los dispuesto por el apartado 3 del citado artículo 296.

5.6. Especial referencia a la escucha de niños, niñas y adolescentes en sede notarial

Entre las novedades más importantes que introduce el Código es que por vez primera en el Derecho Iberoamericano se prevé la escucha del niño, niña o adolescente en sede notarial (artículo 291.3 del Código). La razón de incluir tal escucha obedece sin dudas a la necesaria simetría que buscó el legislador entre los escenarios notarial y judicial y las garantías que el Derecho tiene que ofrecerle a las personas menores de edad en aquellos asuntos que tengan que ver con su vida, conforme con el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño. El divorcio regulado en Cuba por el Decreto-Ley 154/1994 no lo preveía, motivo por el cual existía un verdadero cisma entre ambos escenarios, siendo abismalmente la diferencia en detrimento de la sede notarial. La fórmula empleada por el legislador prevé que también en esta sede se practique la escucha, siéndole posible al notario poder estar presente cuando el equipo multidisciplinario practica la escucha de la persona menor de edad. El artículo 291.3 ha sido complementado por el artículo 9 de la Resolución 493/2022, de 26 de septiembre, del Ministro de Justicia, a cuyo tenor se deja regulado que *“La escucha del niño, niña o adolescente se practica en el lugar establecido a tal fin en cada municipio, con las garantías debidas que permitan que el niño, niña o adolescente, en presencia de los titulares de la responsabilidad parental, disfrute de las condiciones idóneas para mantener una comunicación libre de cualquier presión psicológica; el notario en estas circunstancias autoriza acta de presencia en la que narre la manera en que se ha practicado por los profesionales competentes la escucha, de acuerdo con lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño y el Código de las Familias”*³³. Tal acta será un elemento probatorio que acredita la participación del niño en el divorcio, y la escucha de

³³ Sobre este particular ya algún autor dentro de la doctrina cubana – hace ya algún tiempo- alertaba, ante la posibilidad de que el divorcio con hijos e hijas menores de edad se sustrajera del conocimiento del notario, pues esta tesis se manejó en algún momento dentro del largo íter de construcción del nuevo Código de las familias. A juicio de ORDELIN FONT, en el contexto cubano ello hubiera sido un retroceso legal, motivo por el cual proponía tanto la intervención fiscal de manera preceptiva a través de un dictamen que tuviera que emitir en un plazo, legalmente establecido, como la participación de equipos multidisciplinarios que, o bien a través del notario, o por medio del fiscal emitiera un dictamen, - en su consideración- en los casos en el que el notario hubiera tenido dudas sobre el alcance de las convenciones propuestas por los cónyuges. Vid. ORDELIN FONT, J. L., “Dos décadas...”, *cit.*, pp. 34-46.

su opinión sobre los pactos que proponen sus padres y madres y que en su mayoría tiene que ver con la evolución de su vida hasta su mayoría de edad. La opinión no compele al notario, pero sí que ha de ser tomado en cuenta ese control de legalidad y de equidad que el Código le exige como autoridad habilitante para autorizar la escritura pública de divorcio por mutuo acuerdo.

5.7. Efectos del divorcio

Los efectos del divorcio vienen establecidos por el artículo 274 del Código de las familias. El divorcio por disposición judicial, o por acuerdo de la pareja, instrumentado en vía notarial, en todo caso pone fin al vínculo matrimonial a partir del día siguiente a que adquiere firmeza la resolución judicial que lo dispone, o a partir del día siguiente en que se autorizó la escritura pública de divorcio, y con ello, ambos cónyuges adquieren el estado conyugal de divorciados³⁴ y están en condiciones de formalizar un nuevo matrimonio³⁵ o de constituir una unión de hecho afectiva. De igual manera, en el orden patrimonial, extingue el derecho de sucesión *ab intestato* y la posibilidad de ser arropado con la condición de heredero especialmente protegido – *rectius* legitimario-, según el dictado del artículo 493.1 b) del vigente Código civil. De igual manera, extingue la comunidad matrimonial de bienes que hasta ese momento tenían constituida, si los cónyuges no pactaron un régimen económico diferente. De tramitarse el divorcio en sede notarial los cónyuges pueden pactar que en la propia escritura pública se liquide la comunidad matrimonial de bienes que tienen constituida – de ser el régimen económico de su matrimonio- o postergar su liquidación a un momento posterior, ya sea en la propia vía notarial – de existir acuerdo-, o en la judicial -de existir contienda-.

³⁴ Estado conyugal que ha de ser probado según lo previsto en el artículo 269 del Código de las familias a través de la certificación de divorcio expedida por el registrador del Estado Civil en que fue inscripto aquel (inciso c) o la certificación de matrimonio con nota de divorcio expedida por el registrador del Estado Civil correspondiente (inciso d). Ello, según el dictado del artículo 3, segundo párrafo, de la Ley del Registro del Estado Civil, a cuyo tenor se dispone que “*Los (...) actos que constituyan (...) el estado civil de las personas, y los documentos en que consten, para que tengan valor probatorio deberán inscribirse o anotarse previamente en el Registro del Estado Civil*”.

³⁵ Sobre tal particular puede colegirse lo dispuesto en el artículo 207 que deja claro que la extinción del matrimonio, crea tal aptitud. Tómese en cuenta que el divorcio es una causa de extinción del matrimonio.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FUENTES DOCTRINALES

- Borrillo, Daniel, “La contractualización de los vínculos de familia”, en *Derecho de familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, No. 79, mayo 2017, pp. 1-19.
- Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo, “Separaciones y divorcios por mutuo acuerdo ante notario en el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria: su elogio no exento de crítica”, en *Revista de Derecho Privado*, No. 2, marzo-abril 2014, pp. 97-115;
- Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo, “El divorcio notarial que viene: entre su oportunismo político y su exigencia constitucional”, *Academia Sevillana del notariado*, tomo 25, 2014, pp. 83-118;
- Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo y Manuel García Mayo, “Capítulo 16. Crisis familiares y animales domésticos”, en *Un nuevo Derecho civil para los animales, Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre*, Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (director), Reus, Madrid, 2022. pp. 397-434.
- Chaparro Matamoros, Pedro, “Capítulo 9. Los animales y sus frutos como objeto de garantía crediticia”, en *Un nuevo Derecho civil para los animales, Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre*, Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (director), Reus, Madrid, 2022 (pp.197-225).
- Culaciati, Miguel, “Razones y sinrazones que demoran la desjudicialización del divorcio en la Argentina”, en *Revista Ius*, del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, No. 36, año V, invierno 2015, pp. 389-417.
- Díaz Pairó, Antonio, *El Divorcio en Cuba*, Ed. Biblioteca de la Revista Cubana de Derecho, Cuba, 1935
- Díaz Tenorio, Mareleén, Alberta Durán Gondar, Yohanka Valdés Jiménez, Ernesto Chávez Negrín, Tania Alfonso González, con la colaboración de Aleida García Córdova y Marta María Chávez Rodríguez, “Familia y cambios socioeconómicos a las puertas del nuevo milenio”, Departamento de Estudios sobre Familia, CIPS, julio 2001.
- Mesa Castillo, Olga, “El divorcio: otro ángulo de análisis”, en *Revista Cubana de Derecho*, año XVIII, N° 38, julio-septiembre 1989, pp. 107-126.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La autonomía de la voluntad en el Derecho de familia argentino”, en *Derecho de las familias, infancia y adolescencia*, Infojus, Buenos Aires, 2014, pp. 3-42.
- Méndez Trujillo, Iris María, *Guarda y cuidado y régimen de comunicación de los menores de edad en familias ensambladas*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2020.
- Medina, Graciela, “Contractualización del Derecho de familia”, en *Estudios sobre contratos en homenaje al académico Jorge Horacio Alterni*, Thomson Reuters – La Ley, Buenos Aires, 2020, pp. 69-100.

- Ordelin Font, Jorge Luis, “Dos décadas de divorcio notarial en Cuba: ¿Hacia dónde vamos?” , *Anuario Iberoamericano de Derecho notarial*, Nos. 4-5, 2015-2016, pp. 15-42.
- Pérez Gallardo, Leonardo B., “El divorcio por mutuo acuerdo ante notario en Cuba: Mitos y tabúes” , *Revista de Derecho de Familia*, No. 35, noviembre-diciembre 2006, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, pp. 207-248;
- Pérez Gallardo, Leonardo B., “Un ‘fantasma’ recorre Latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo ante notario” , *Revista Actualidad Jurídica*, Lima, Perú, tomo 183, febrero 2009, pp. 345-361;
- Pérez Gallardo, Leonardo B. (coordinador), *El divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial. La experiencia latinoamericana*, Bitecsa, Managua, 2010;
- Pérez de Ontiveros, Carmen, “Separación y divorcio matrimonial: una lectura inicial tras las modificaciones introducidas por la ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria” , BIB 2015\15870. Thomson Reuters Aranzadi, 25 de noviembre 2015 (tomado de westlaw).
- Puñales, Alicia V. y Aleida García C., (ayudante) “Relación de pareja y divorcio. Algunos resultados de investigación” , CIPS, 1992.
- Silva, Cristina I., Julio A. Martínez Alcorta, “La compensación económica desde la perspectiva de género” , *La Ley*, 07/04/2021, 3, cita: TR LALEY AR/DOC/819/2021.
- Valdés Jiménez, Yohanka, “El divorcio en Cuba. Características generales y efectos para la familia” , en *Familia y diversidad en América Latina. Estudio de casos*, David Robichaux (coordinador), CLACSO, Buenos Aires, 2007, pp. 213- 236.

FUENTES LEGALES

- Ley No. 1289/1975, de 14 de febrero, “Código de familia”, disponible en: https://oig.cepal.org/sites/default/files/1975_ley1289_cub.pdf, consultado el 26 de noviembre de 2022.
- Ley No. 51/1985 de 15 de julio, *Del Registro del Estado Civil*, publicación del MINJUS, La Habana, 1998.
- Pérez Gallardo, Leonardo B., *Código Civil de la República de Cuba, Ley No. 59/1987 (actualizado y concordado)*, 6ª edición, Ediciones ONBC, La Habana, 2023.
- Ley No. 141/2021, de 28 de octubre, “Código de procesos”, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Ordinaria, No. 138, de 7 de diciembre de 2021.
- Ley No. 17/2021, de 15 de diciembre, del Reino de España, de modificación al Código civil, la Ley hipotecaria y la Ley de enjuiciamiento civil, sobre el régimen jurídico de los animales, en *BOE*, No. 300, de 16 de diciembre de 2021.
- Ley No. 156/2022, de 22 de julio, “Código de las familias”, ratificado en referéndum popular el 25 de septiembre de 2022, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Ordinaria, No. 99, de 27 de septiembre de 2022.

Decreto-Ley No. 31/2021, de 26 de febrero, “De bienestar animal”, en *Gaceta Oficial de la república de Cuba*, No. 15, extraordinaria, de 10 de abril de 2021.

Resolución No. 493/2022 del Ministro de Justicia, sobre el procedimiento de divorcio por mutuo acuerdo ante notario, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, No. 58, de 27 de septiembre de 2022.

Instrucción No. 187/2007, de 20 de diciembre del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo.

Instrucción No. 216/2012, de 17 de mayo del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo.

OTRAS FUENTES

Observaciones finales sobre el informe inicial de Cuba, aprobadas por el Comité de los derechos del niño en su 19º período de sesiones (3 de mayo a 3 de junio de 2022), 10 de mayo de 2019.

LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO
Profesor Titular de Derecho civil
Facultad de Derecho
Universidad de La Habana
Notario
lbpgallardo@gmail.com
Orcid: 0000-0002-8174-6773



Doi: <https://doi.org/10.17398/2695-7728.39.311>

LEGAL ISSUES OF IMPLEMENTING THE RIGHTS OF
ELEWORKERS: CASE OF LITHUANIA

*CUESTIONES LEGALES DE IMPLEMENTACIÓN DE LOS
DERECHOS DE LOS TELETRABAJADORES: CASO DE LITUANIA*

DALIA PERKUMIENĖ¹

LITA RIPINSKIENĖ²

JUOZAS TUMAS³

Kazimieras Simonavičius University. Lithuania

Recibido: 29/10/2023

Aceptado: 30/11/2023

ABSTRACT

The article analyzes the concept of remote work as a form of work organization using information technology, the legal regulation of remote work at the European Union and national level, and aims to reveal the problems faced by employers and employees in implementing the rights of remote workers established by law. The article draws attention to the compensation of expenses when working remotely, the organization of work control, the relationship of the employee's right to privacy with the employer's

¹ Prof. Dr. Kazimieras Simonavičius University, Lithuania. Doctor of Law degree in private international law at Ghent University (Belgium). A member of GIDEPA, member of Nordic Environmental Law Society NELN.

² Master in Law, University of Kazimieras Simonavičius, Lithuania. Practitioner. Member of the Lithuanian Society of Law.

³ Master in Law, University of Kazimieras Simonavičius, Lithuania. Member of the Lithuanian Society of Law.

obligation to ensure health and safety requirements, and to identification of ways to reduce social exclusion when the employee works remotely. At the end of the article, it is possible to reach the conclusion that the rights of teleworkers are not fully implemented both due to insufficiently clear legal regulation and difficulties in the practical implementation of the requirements established by the law.

Keywords: remote work, Framework agreement on telework, Labor Code, employee rights.

RESUMEN

El artículo analiza el concepto de trabajo remoto como forma de organización del trabajo utilizando tecnologías de la información, la regulación legal del trabajo remoto a nivel de la Unión Europea y nacional, y tiene como objetivo revelar los problemas que enfrentan empleadores y empleados en la implementación de los derechos de los trabajadores remotos. establecido por la ley. El artículo llama la atención sobre la compensación de gastos cuando se trabaja a distancia, la organización del control del trabajo, la relación del derecho del empleado a la privacidad con la obligación del empleador de garantizar los requisitos de salud y seguridad, y la identificación de formas de reducir la exclusión social cuando el empleado trabaja de forma remota. Al final del artículo, se puede llegar a la conclusión de que los derechos de los teletrabajadores no se implementan plenamente debido tanto a una regulación legal insuficientemente clara como a dificultades en la implementación práctica de los requisitos establecidos por la ley.

Palabras clave: trabajo remoto, Acuerdo marco sobre teletrabajo, Código del Trabajo, derechos de los trabajadores.

Summary: 1. Introduction. 2. The concept of remote work. 3. Legal regulation of remote work. 4. Legal and practical issues faced by remote employees and their employers. 5. Conclusions. Bibliographic references.

1. INTRODUCTION

Novelty and relevance. This topic is relevant in the modern Lithuanian labor market, where the global development trends of technology and communications allow more and more employees to work from anywhere in Lithuania or the world. Recently, the provision has changed that work must be associated with a specific place of its performance⁴. Information technology has opened up opportunities for more flexible ways of organizing work, such as telecommuting⁵. In the past, the main factor determining the choice of place of residence was related to the place of work⁶, but today's technology allows an employee to choose a job regardless of geographical restrictions, also considering that for large organizations, it can be difficult to retain all employees in physical workspaces⁷, this work model is a suitable strategy for organizations seeking to reduce costs⁸.

Recently, remote work has become particularly popular in certain sectors, so understanding how working from a remote workplace affects employee rights is extremely relevant in order to ensure legal clarity and certainty. This topic is important not only for employees but also for employers, who must assess their responsibilities and obligations towards employees and adapt to the conditions of this work model. Therefore, researching this topic can lead to a deeper understanding of the impact of this work model on worker rights and to find ways to ensure the sustainable operation of this model.

The problem- working remotely not only opens up new opportunities but also brings with it many unexpected legal and practical challenges. Although according to the regulation of the European Union, telework workers should enjoy the same rights guaranteed by legislation and collective agreements,

⁴ Birutienė, Agnė. "Nuotolinio darbo viešajame administravime teisinio reglamentavimo ypatumai." *Teisinės minties šventė 2022: studentų mokslinių straipsnių rinkinys*. Vilnius: Mykolo Romerio universitetas, 2022. (2022).

⁵ Llave, Oscar Vargas, et al. *Telework and ICT-based Mobile Work: Flexible Working in the Digital Age*. Publications Office of the European Union, 2020.

⁶ Voort, Job. The benefits and challenges of hiring an international remote workforce. Open access government. (2023). Available online: <https://www.openaccessgovernment.org/benefits-challenges-hiring-international-remote-workforce/157074/> [accessed 2023-10-13]

⁷ Thompson, Beverly Yuen. "The digital nomad lifestyle: (remote) work/leisure balance, privilege, and constructed community." *International Journal of the Sociology of Leisure* 2.1-2 (2019): 27-42.

⁸ Ferreira, Rafael, et al. "Decision factors for remote work adoption: advantages, disadvantages, driving forces and challenges." *Journal of Open Innovation: Technology, Market, and Complexity* 7.1 (2021): 70.

equivalent to workers working on the employer's premises⁹, ensuring these rights in practice can become a challenge due to insufficiently clear provisions of legal acts implemented in practice. Therefore, taking into account the issue of the topic, the research object of the article is the implementation of the rights of remote workers.

The purpose of the study is to investigate the factors that have a negative impact on the implementation of employee rights when working remotely, taking into account the European Union and Lithuanian remote work regulations.

Research tasks: 1) To analyze to what extent the expenses related to the performance of work functions of remote employees are covered; 2) Assess the extent to which the employer can control the work efficiency of the remote worker; 3) Analyze the compatibility of the employee's right to privacy with the employer's duty to ensure safe and healthy working conditions; 4) Identify factors that help reduce social isolation when working remotely. Research methods - comparative analysis of legal acts, analysis of scientific literature, methods of systematization and generalization.

2. THE CONCEPT OF REMOTE WORK

The term telecommuting has become especially popular since the start of the COVID-19 pandemic, and can be understood as the work of employees outside the company's offices¹⁰. The literature uses various concepts to define remote work, e.g. "telework", "remote work", "distance working", etc.¹¹. According to Grigonienė¹² (2020), although a person who works from his home or another remote workplace can have the status of remote worker, remote work is usually

⁹ Framework agreement on telework. European trade union confederation. Brussels 2002/07/16. (2002).

¹⁰ Savić, Dobrica. "COVID-19 and work from home: Digital transformation of the workforce." *Grey Journal (TGJ)* 16.2 (2020): p.102.

¹¹ Grigonienė, Rasa. "Technologijos ir darbuotojų apsauga: nuotolinio darbo iššūkiai." *Darbo teisės iššūkiai besikeičiančiame pasaulyje: [mokslinių straipsnių rinkinys]. Liber Amicorum et Collegarum profesorei Genovaitei Dambrauskienei/Mykolo Romerio universitetas; sudarytoja Ingrida Mačernytė-Panomariovienė. Vilnius: Mykolo Romerio universitetas, 2020. ISBN 9786094880070. (2020): p. 83.*

¹² Grigonienė, Rasa. "Technologijos ir darbuotojų apsauga: nuotolinio darbo iššūkiai." *Darbo teisės iššūkiai besikeičiančiame pasaulyje: [mokslinių straipsnių rinkinys]. Liber Amicorum et Collegarum profesorei Genovaitei Dambrauskienei/Mykolo Romerio universitetas; sudarytoja Ingrida Mačernytė-Panomariovienė. Vilnius: Mykolo Romerio universitetas, 2020. ISBN 9786094880070. (2020): p. 81-85.*

associated not only with the geographical location but also with the technologies used. Savić¹³ (2020), analyzing the concept of remote work, distinguishes four main characteristics of remote work: (1) the person is an employee of a company or organization; 2) performs specific tasks; 3) the work is performed outside the company's physical premises; and 4) telecommunications with the employer. It should be noted that the author does not single out the use of technology for the performance of work as a characteristic of remote work.

Although different definitions of telework are used in the literature, in the context of the European Union, telework is defined as a form of work organization and/or performance using information technologies¹⁴. In Article 52, Part 1 of the Labor Code of the Republic of Lithuania (hereinafter - the Labor Code), this definition is expanded, indicating that remote work is a form of work organization or a way of performing work when the employee regularly performs work functions or part of them all or part of the working time in a manner agreed with the employer remotely, in a place other than the workplace acceptable to the parties to the employment contract, as well as using information and electronic communication technologies (Labor Code of the Republic of Lithuania, 2016)¹⁵.

The Labor Code distinguishes the main characteristics of remote work: the work is performed not at the workplace, but at another place agreed upon by the parties to the employment relationship; the employee regularly performs his work functions remotely; the remote work procedure must be established¹⁶. Taking into account the fact that the parties to the employment contract can agree that the work will be permanently or temporarily performed outside the workplace, it can be concluded that work at home or in a place other than the workplace cannot be considered a separate type of employment contract, but only a way of performing work, in order to provide the employee with more flexible conditions and a more acceptable form of work performance¹⁷. When analyzing the definition of remote work provided by the European Union, it

¹³ Savić, Dobrica. "COVID-19 and work from home: Digital transformation of the workforce." *Grey Journal (TGJ)* 16.2 (2020): p.101.

¹⁴ Framework agreement on telework. European trade union confederation. Brussels 2002/07/16. (2002).

¹⁵ Lietuvos Respublikos darbo kodekso patvirtinimo, įsigaliojimo ir įgyvendinimo įstatymas. TAR, 2016-09-19, Nr. 23709. Suvestinė redakcija nuo 2023-08-31. (2016).

¹⁶ Bagdanskis, Tomas, Mačiulaitis, Vilius and Mikalopas, Mantas. *Lietuvos Respublikos darbo kodekso komentaras: individualieji darbo santykiai* (Vilnius: Rito projects, 2018), 118.

¹⁷ Davulis, Tomas. Lietuvos Respublikos Darbo kodekso komentaras. Valstybės įmonė registrų centras, Vilnius. ISBN 9789955302681. (2018).

should be noted that the use of technology in this case separates remote work from other ways of performing work functions remotely¹⁸. However, according to Article 52 of the Labor Code, remote work is not necessarily associated with the use of technology in the performance of work functions. Here, remote work is considered to be work when the employee works in a place other than the workplace, or using information technologies¹⁹. Thus, the definition of remote work in the Labor Code includes other forms of remote work, but this article will analyze remote work when information technology is used to perform work functions.

3. LEGAL REGULATION OF REMOTE WORK

At the level of the European Union, remote work began to be regulated in 2002, when the European Council and social partners signed the General Agreement on telework, which aimed to modernize the work organization of companies and organizations providing public services, as well as give employees the opportunity to better combine work and social life, provided they have more autonomy in performing work tasks²⁰. At the time, it was a promising agreement that defined the concept of remote work, it discussed important issues of remote work organization, including the provision of work equipment, working conditions, work supervision, and data protection, established the rights of remote workers to parallel conditions for employees working on employers' premises, etc.²¹. Issues related to data protection, the voluntary nature of remote work, equipment, organization of working time, and privacy had to be regulated by national legislation and collective agreements of the contracting parties²². However, in the context of the pandemic of 2020, remote work became particularly widespread, at the same time certain challenges in the regulation of remote work became apparent, so there was a need to find new measures to fill the gaps in legal regulation. Taking into account the situation, the European Parliament approved a resolution on the right to disconnect on

¹⁸ Grincevičienė, Neringa. "Nuotolinio darbo naudojimo intensyvumo poveikis darbuotojų darbo ir asmeninio gyvenimo balansui." *Buhalterinės apskaitos teorija ir praktika* 21 (2020).

¹⁹ Davulis, Tomas. Lietuvos Respublikos Darbo kodekso komentaras. Valstybės įmonė registru centras, Vilnius. ISBN 9789955302681. (2018).

²⁰ Framework agreement on telework. European trade union confederation. Brussels 2002/07/16. (2002).

²¹ European social dialogue, Work programme 2022-2024. Brussels.(2022).

²² Yaroshenko, Oleg, et al. "Features of remote work in Ukraine and the European Union: Comparative legal aspect." *Hasanuddin Law Review* 7.3 (2021): 136-149.

January 21, 2021, and the Council of the European Union published conclusions on remote work on June 3, 2021, in which the social partners are encouraged to take the initiative to prepare national action plans and strategies, paying attention to the possibilities of remote work and risk²³.

The European social partners, taking into account the conclusions of the Council of the European Union, took action and signed the seventh work program in 2022, one of the main objectives of which was to negotiate the renewal of the 2002 remote work agreement. The aim was to discuss issues related to the organization of work, the right to disconnect, supervision of employees, working time issues, to review the organization of health and safety, to assess work-life balance, privacy, and data protection, and to present the agreement for consideration to become legally binding directives form²⁴.

Although the directive has not yet been issued, these provisions of the European Union have had a corresponding effect on the national regulation of remote work in Lithuania. At the national level, the main provisions of remote work are presented in Article 52 of the Labor Code, where the requirements for legal protection of the employee are established, such as the voluntary nature of remote work, determining the part of the working time norm, requirements for the workplace, the procedure for providing work tools, keeping records of working hours, billing for work performed to order, etc.²⁵. The following part of the article analyzes how the requirements established by the law are implemented in practice when an employee works from a remote workplace.

4. LEGAL AND PRACTICAL ISSUES FACED BY REMOTE EMPLOYEES AND THEIR EMPLOYERS

Research has shown that providing employees with the necessary material and technical base for remote work has a significant impact on the effectiveness of remote work²⁶. The framework agreement on telework defines several

²³ Eurofound, *Telework in the EU: Regulatory frameworks and recent updates*, Publications Office of the European Union, Luxembourg. (2022).

²⁴ European social partners agree to revise 2002 framework agreement on telework. Industrial relations and Labor Law, Newsletter (2022).

²⁵ Lietuvos Respublikos darbo kodekso patvirtinimo, įsigaliojimo ir įgyvendinimo įstatymas. TAR, 2016-09-19, Nr. 23709. Suvestinė redakcija nuo 2023-08-31. (2016).

²⁶ Maghlaperidze, Eka, Natalia Kharadze, and Halyna Kuspliak. "Development of remote jobs as a factor to increase labor efficiency." *Journal of Eastern European and Central Asian Research (JEECAR)* 8.3 (2021): 337-348.

important issues and features regarding the compensation of the expenses incurred by the employee, which allows for the effective protection of the employee's rights²⁷. The agreement states that all questions about work equipment, responsibility, and cost aspects must be clarified before starting remote work and that the responsibility for the supply, installation, and maintenance of remote work equipment is usually the responsibility of the employer, except in cases where the remote worker has chosen to use his own equipment. In addition, if remote work is carried out regularly, the employer must compensate the costs directly related to the work, especially those related to communication²⁸.

The framework agreement on teleworking left room for the member states to detail the provisions on reimbursement of expenses, but it can be noted that usually the scope and methods of reimbursement of expenses must be agreed upon by the employee with the employer through individual or collective negotiations (Office of the Seimas of the Republic of Lithuania, 2021)²⁹. The Lithuanian legislator also did not define what costs and to what extent they should be compensated, the Labor Code³⁰ states that the parties to the employment contract must conclude a written contract specifying the means of work, the procedure for providing them, and the rules for their use. In the event that a teleworking employee incurs additional costs related to the acquisition, installation, and use of equipment, these costs must be compensated and again the amount of compensation must be determined by agreement between the parties.

Thus, both the framework agreement on telework and the national laws of Lithuania leave a great deal of freedom to the parties to the employment contract to decide for themselves what costs and to what extent they will be compensated, except for the additional costs of the employee, which must be compensated. Additional costs to be reimbursed by the employer in accordance with the Labor Code³¹ must be related to the acquisition, installation and use of equipment. Thus, the legislator allows the parties to the employment contract

²⁷Shoislomova, Sitora. "The experience of developed countries in regulating the use of remote personnel labor." *World Bulletin of Management and Law* 17 (2022): 48-51.

²⁸ Framework agreement on telework. European trade union confederation. Brussels 2002/07/16. (2002)

²⁹ Lietuvos respublikos seimo kanceliarija. *Su nuotoliniu darbu susijusių darbuotojų išlaidų kompensavimas Europos Sąjungos valstybėse ir JAV*. Analitinė apžvalga 21/110. (2021).

³⁰ Lietuvos Respublikos darbo kodekso patvirtinimo, įsigaliojimo ir įgyvendinimo įstatymas. TAR, 2016-09-19, Nr. 23709. Suvestinė redakcija nuo 2023-08-31. (2016).

³¹ Lietuvos Respublikos darbo kodekso patvirtinimo, įsigaliojimo ir įgyvendinimo įstatymas. TAR, 2016-09-19, Nr. 23709. Suvestinė redakcija nuo 2023-08-31. (2016).

to negotiate all other expenses not related to the equipment. Such legal uncertainty, according to Lord³² (2020), allows employers to shift workplace costs to workers. Despite the fact that even before the pandemic, telecommuting arrangements were seen as beneficial to workers by reducing travel time and costs and providing more flexible work schedules³³, a study by Battisti, Alfiero, and Leonidou³⁴ (2022) revealed that the actual costs incurred by the employee are greater than the savings in commuting costs. According to some authors, the employer should cover not only the costs related to the technical means, but also the costs related to the installation of the home office³⁵, or pay attention to the internet connection used by the employee, because the most economical home internet connection speed is chosen sometimes does not correspond to the efficient performance of remote work³⁶. However, from the perspective of the employer, it should be noted that the employee can use the Internet, computer equipment, and software to meet both professional and personal needs³⁷, therefore it is difficult to estimate the costs incurred by the employee directly related to the performance of work functions.

Another important aspect in analyzing the benefits and challenges of telecommuting is the implementation of a specific working time agreement³⁸. Being able to control and manage their time is a key benefit for remote workers, they can better balance work and personal life and are not limited by regular working hours³⁹. However, in the European Union, attention was drawn to the fact that with the increasingly intensive use of the remote work model, the work of employees intensified and the working hours became longer, however, the

³² Lord, Phil. "The social perils and promise of remote work." (2020).

³³ Pennington, Alison, and Jim Stanford. "Briefing Paper: Working from home: Opportunities and risks." (2020).

³⁴ Battisti, Enrico, Simona Alfiero, and Erasimia Leonidou. "Remote working and digital transformation during the COVID-19 pandemic: Economic-financial impacts and psychological drivers for employees." *Journal of Business Research* 150 (2022): 38-50.

³⁵ Aremu, Elizabeth O., James L. Heffernan, and Joseph C. Kvedar. "The difference in practice expense costs between telehealth and in-office care could serve as the basis for differential reimbursement structures." *Telemedicine and e-Health* 28.6 (2022): 912-916.

³⁶ Langovska, Lilita, and Sarmite Rozentale. "Remote Work during the Covid-19 Pandemic: Problems and Solutions on the Example of Vidzeme Region in Latvia." *Proceedings of the 2021 International Conference "Economic Science for Rural Development" – Jeglava, May. Vol. 13. 2021.*

³⁷ Shoislomova, Sitora. "The experience of developed countries in regulating the use of remote personnel labor." *World Bulletin of Management and Law* 17 (2022): 48-51.

³⁸ Putra, Arsyi Manggali Arya, Mohammad Isrok, and Nur Putri Hidayah. "Legal Protection of Remote Working Workers in Particular Time Employment Agreements." *Audito Comparative Law Journal (ACLJ)* 4.1 (2023): 22-30.

³⁹ Flores, Marivic F. "Understanding the challenges of remote working and its impact to workers." *International Journal of Business Marketing and Management (IJBMM)* 4.11 (2019): 40-44.

boundaries of professional and personal life were blurred. In order to prevent employees from being constantly available and engaged in work tasks, a resolution was adopted on the right to log off during non-working hours⁴⁰. However, it should be recognized that the employer is interested in the completion of work tasks and the employee working the time limit set in the employment contract, therefore, according to Czech ⁴¹ (2021), from the employer's point of view, it should be stated that the ability to use modern technologies for employee monitoring would be an important tool for effective work time management. However, when deciding to monitor an employee, the employer should take into account the provisions of the General Data Protection Regulation and at the same time comply with the requirements established by national laws and European Union law⁴².

The employer should carefully consider what monitoring tools should be used, how much cost and effort should be invested in it, and how much the chosen tools will be useful for work efficiency⁴³. Paying attention to the fact that remote work is treated as a more flexible form of work, which provides more opportunities for the employee to organize his own working time, too much control can have a negative impact on the employee's job satisfaction and his work results.

In some European Union countries, employers have access to monitor a remote employee, not only to make sure that the employee uses his working time efficiently, but also to monitor the working conditions of the employees, as well as, both the labor inspectorate and the employer, in advance after reporting, can visit the employee's home in order to determine whether the employee's working conditions meet the established requirements⁴⁴. Although, according to the Framework Agreement on Telework, the employer is responsible for the health and safety of its employees at the workplace⁴⁵, the implementation of telework safety requirements for employers presents specific challenges related to the fulfillment of legal occupational safety and health obligations, in particular, risk

⁴⁰ 2021 m. sausio 21 d. Europos Parlamento rezoliucija su rekomendacijomis Komisijai dėl teisės atsijungti (2019/2181(INL)), Briuselis. (2021).

⁴¹ Czech, Marta. "Economic and legal aspects of employee monitoring, with particular emphasis on remote work." *Optimum. Economic Studies* 106.4 (2021): 97-110.

⁴² Czech, Marta. "Economic and legal aspects of employee monitoring, with particular emphasis on remote work." *Optimum. Economic Studies* 106.4 (2021): 97-110.

⁴³ Pokojski, Zenon, Agnieszka Kister, and Marcin Lipowski. "Remote work efficiency from the employers' perspective—What's next?." *Sustainability* 14.7 (2022): 4220.

⁴⁴ European Trade Union Institute. *Romania: law on teleworking approved*. (2020).

⁴⁵ Framework agreement on telework. European trade union confederation. Brussels 2002/07/16. (2002).

assessments of the work environment may conflict with employees' right to privacy at home, therefore in some European Union countries the employer's obligation to prepare a written document showing how the remote work procedure works in the company is established⁴⁶. Article 52, Part 3 of the Labor Code⁴⁷ also stipulates that when working remotely, workplace requirements must be determined in writing, if any. Thus, the Lithuanian legislature does not imperatively require that workplace requirements be established, it is only necessary if such requirements are made. Taking into account the provision of the law, the right to decide whether certain requirements for the workplace are imposed or not is left to the employer. Article 381 of the Law on Occupational Safety and Health of the Republic of Lithuania⁴⁸ would also be relevant here, which states that the same occupational safety and health conditions must be created for employees working remotely as for other employees of the company. The legislator assigns the employer the duty to provide the employee with the necessary work and personal protective equipment, and it is also emphasized that the remote workplace should meet the occupational safety requirements.

However, the employer's ability to monitor the employee's workplace when the employee works remotely is very limited. Pursuant to Article 5 of the Law on Legal Protection of Personal Data of the Republic of Lithuania⁴⁹, when processing video and/or audio data at the workplace and in the premises or territories of the data controller where its employees work, when processing personal data related to the behavior, location or movement of employees monitoring, these employees must be informed about such processing of their personal data by signature or in another way that proves the fact of notification. In addition, the monitoring of the employee should be carried out in accordance with the procedure established by law and for legitimate purposes and be a proportionate measure to the aim pursued⁵⁰.

⁴⁶ Shoislomova, Sitora. "The experience of developed countries in regulating the use of remote personnel labor." *World Bulletin of Management and Law* 17 (2022): 48-51.

⁴⁷ Lietuvos Respublikos darbo kodekso patvirtinimo, įsigaliojimo ir įgyvendinimo įstatymas. TAR, 2016-09-19, Nr. 23709. Suvestinė redakcija nuo 2023-08-31. (2016).

⁴⁸ Lietuvos respublikos darbuotojų saugos ir sveikatos įstatymas. Paskelbta valstybės žiniuose 2003-07-16, Nr. 70-3170. Galiojanti suvestinė redakcija nuo 2022-05-01. (2003).

⁴⁹ Lietuvos Respublikos asmens duomenų teisinės apsaugos įstatymas. Paskelbta valstybės žiniuose 1996-07-03, Nr. 63-1479. Galiojanti suvestinė redakcija nuo 2021-12-01 iki 2023-12-31. (1996).

⁵⁰ 2016 m. balandžio 27 d. Europos Parlamento ir Tarybos reglamentas (ES) 2016/679 dėl fizinių asmenų apsaugos tvarkant asmens duomenis ir dėl laisvo tokių duomenų judėjimo ir kuriuo panaikinama Direktyva 95/46/EB (Bendrasis duomenų apsaugos reglamentas). (2016).

It should be recognized that the employer's duty to ensure that the remote worker is provided with conditions that meet the safety and health requirements, in parallel with the employees working on the employer's premises, is difficult to implement, especially given the fact that it is physically difficult for the employer to control whether the remote workplace meets the safety requirements, all secondly, the Lithuanian legal regulation does not directly give the employer the right to monitor an employee working remotely, thirdly, in order to establish a work environment that meets safety and health requirements (e.g. proper lighting, height-adjustable desk, ergonomic work chair), the question arises as to who should reimburse the related costs. Taking into account the stated circumstances, the greatest share of responsibility for health and safety issues when working remotely rests with the employee, therefore the employer should take measures to help the employee understand and implement the requirements set by the law on occupational safety issues.

Despite the practical challenges faced by companies using the remote work method, according to some authors, one of the main problems of remote employment faced by European countries is the distance of employees from the collective⁵¹. Research has shown that social activities have a significant impact on employee engagement and performance in organizations. This highlights the importance of not underestimating the role of social activities in a remote work environment⁵². If at the initial stage many evaluate such isolation positively, it can cause psychological and economic difficulties in the future⁵³.

The possibility that a remote worker will be separated from the team was foreseen already in 2002, when Social partners signed the General Agreement on telework, which emphasized that the employer must ensure that measures are taken to prevent the remote worker from being isolated from others, as well as his collective rights would not be restricted⁵⁴. When regulating remote work, the Lithuanian legislator also sought to prevent the isolation of remote workers, stating that the employer must provide conditions for remote workers to communicate and cooperate with other employees and employee

⁵¹ Lazarova, Teodora. "The economic perspective of remote working places." *Пари и кyлтyра б.(2)* (2020): 30-41.

⁵² Nesuda, Elizabeth. "The impact of the covid-19 pandemic on employee engagement and performance in the teleworking context in the us public sector: a phenomenological case study." (2023).

⁵³ Galanti, Teresa, et al. "Work from home during the COVID-19 outbreak: The impact on employees' remote work productivity, engagement, and stress." *Journal of occupational and environmental medicine* 63.7 (2021): e426.

⁵⁴ Framework agreement on telework. European trade union confederation. Brussels 2002/07/16. (2002).

representatives at the employer's workplace, to receive information from the employer⁵⁵.

However, it has been observed that working remotely reduces social contacts, which can increase the risk of social isolation⁵⁶. Therefore, according to some authors, the priority of organizations and companies should be to develop a strategy that would promote communication among remote workers, thus reducing the perception of social isolation⁵⁷. The effectiveness of the strategy is confirmed by research conducted by Pianese, Errichiello and Vieira da Cunha⁵⁸ (2022), which found that the team leader's ability to bring together and support team members, and properly transfer information during virtual meetings. In addition, communication reduces the negative effects of telecommuting on perceived productivity, work engagement, and social isolation, so managers and organizations should pay special attention to facilitating knowledge sharing, as this can help employees cope with feelings of loneliness and social isolation caused by the physical distance of telecommuting work. Involvement in a team can lead to positive work outcomes, and better performance through the exchange of information, knowledge, and support⁵⁹. This opinion is supported by Even⁶⁰ (2020), indicating that social and organizational isolation can be avoided or at least reduced as much as possible by promoting face-to-face communication, involving employees in information exchange, and raising the qualifications of managers in remote work issues. When we have low managerial involvement, knowledge sharing decreases, and social distance increases⁶¹. However, according to other authors, the opportunity to develop and raise professional qualifications

⁵⁵ Lietuvos Respublikos darbo kodekso patvirtinimo, įsigaliojimo ir įgyvendinimo įstatymas. TAR, 2016-09-19, Nr. 23709. Suvestinė redakcija nuo 2023-08-31. (2016).

⁵⁶ Lengen, Julia Christine, et al. "Social isolation among teleworkers in the context of the COVID-19 pandemic: indications for organising telework with respect to social needs." *Zentralblatt für Arbeitsmedizin, Arbeitsschutz und Ergonomie* 71 (2021): 63-68.

⁵⁷ Galanti, Teresa, et al. "Work from home during the COVID-19 outbreak: The impact on employees' remote work productivity, engagement, and stress." *Journal of occupational and environmental medicine* 63.7 (2021): e426.

⁵⁸ Pianese, Tommasina, Luisa Errichiello, and Joao Vieira da Cunha. "Organizational control in the context of remote working: A synthesis of empirical findings and a research agenda." *European Management Review* 20.2 (2023): 326-345.

⁵⁹ Hodzic, Sabina, et al. "When telework is a burden rather than a perk: The roles of knowledge sharing and supervisor social support in mitigating adverse effects of telework during the COVID-19 pandemic." *Applied Psychology* (2023).

⁶⁰ Even, Angela. "The evolution of work: Best practices for avoiding social and organizational isolation in telework employees." Available at SSRN 3543122 (2020).

⁶¹ Hodzic, Sabina, et al. "When telework is a burden rather than a perk: The roles of knowledge sharing and supervisor social support in mitigating adverse effects of telework during the COVID-19 pandemic." *Applied Psychology* (2023).

could represent the negative impact of the lack of contacts and informal relations with colleagues⁶².

In summary, it can be said that form of remote work differs from other forms of work, because in order for the rights of a remote worker to be implemented in accordance with the requirements established by law, trust-based cooperation between the employee and the employer is necessary, because when the employee works at a workplace far from the employer's premises, part of the responsibility when exercising the employee's rights, the employee himself/herself is transferred.

5. CONCLUSIONS

In many cases, the laws regulating remote work do not establish precise rules, leaving many issues to be resolved by the parties to the employment contract through mutual negotiations, which leaves a lot of uncertainty in labor relations and has a negative impact on the protection of the rights of the remote worker. In order to ensure the rights of employees and clearly define the obligations of employers, it is important to create clear rules governing the remote work model, which would help avoid legal ambiguity and prevent possible disputes.

Issues related to the reimbursement of the expenses of a remote employee are complicated because when an employee works remotely, it is difficult to assess what expenses and to what extent are related to the implementation of work functions. In order to ensure fair reimbursement of telework expenses, it is important to establish clear terms by law, ensuring that these terms are fair to both employees and employers.

One of the biggest advantages of remote work is flexible working conditions, including the fact that the employee can organize his working hours in a way that suits him. In addition, studies have shown that employees usually work more working hours than they would do on the employer's premises, therefore, before using monitoring measures, the employer should assess whether the relevant measures are proportionate to the intended goal and whether they will bring economic benefits or, on the contrary, reduce confidence and work

⁶² Rymaniak, Janusz, et al. "From stationary to remote: Employee risks at pandemic migration of workplaces." *Sustainability* 13.13 (2021): 7180.

performance.

Safe and health-friendly working conditions are the common goal of both parties to the employment contract and the legislator. In practice, it is difficult for an employer to control the working conditions of a remote employee without violating his right to privacy, so this responsibility is usually transferred to the employee, but employers could contribute by informing the employee about the proper organization of the workplace, principles of ergonomics, the necessary frequency of breaks and other factors that may affect the health and safety of the employee. Analysis of working conditions, employee surveys, hardware and software updates, and regular training could help ensure safe working conditions when working remotely.

Many employees who work remotely experience social isolation, especially if they rarely interact with colleagues and managers. This can have a negative impact on their mental health, emotional well-being, and overall job satisfaction. Therefore, in order to reduce the impact of social isolation, the role of managers is particularly important, and they should find ways to maintain team cooperation and social dialogue during and after work when employees are working remotely.

BIBLIOGRAPHIC REFERENCES

- Aremu, Elizabeth O., James L. Heffernan, and Joseph C. Kvedar. "The difference in practice expense costs between telehealth and in-office care could serve as the basis for differential reimbursement structures." *Telemedicine and e-Health* 28.6 (2022): 912-916.
- Bagdanskis, Tomas, Mačiulaitis, Vilius and Mikalopas, Mantas. *Lietuvos Respublikos darbo kodekso komentaras: individualieji darbo santykiai* (Vilnius: Rito projects, 2018), 118.
- Battisti, Enrico, Simona Alfiero, and Erasmia Leonidou. "Remote working and digital transformation during the COVID-19 pandemic: Economic–financial impacts and psychological drivers for employees." *Journal of Business Research* 150 (2022): 38-50.
- Birutienė, Agnė. "Nuotolinio darbo viešajame administravime teisinio reglamentavimo ypatumai." *Teisinės minties šventė 2022: studentų mokslinių straipsnių rinkinys*. Vilnius: Mykolo Romerio universitetas, 2022. (2022).

- Czech, Marta. "Economic and legal aspects of employee monitoring, with particular emphasis on remote work." *Optimum. Economic Studies* 106.4 (2021): 97-110.
- Davulis, Tomas. Lietuvos Respublikos Darbo kodekso komentaras. Valstybės įmonė registrų centras, Vilnius. ISBN 9789955302681. (2018).
- Eurofound, *Telework in the EU: Regulatory frameworks and recent updates*, Publications Office of the European Union, Luxembourg. (2022). Available online: <https://www.eurofound.europa.eu/en/publications/2021/telework-eu-regulatory-frameworks-and-recent-updates>, [accessed 2023-09-09].
- European social dialogue, Work programme 2022-2024, (2022). Brussels. Available online: https://www.buinessurope.eu/sites/buseur/files/media/reports_and_studies/2022-06-28_european_social_dialogue_programme_22-24_o.pdf, [accessed 2023-09-29].
- European social partners agreed to revise the 2002 framework agreement on telework. Industrial Relations and Labor Law, Newsletter (2022). Available online: <https://industrialrelationsnews.ioe-emp.org/news/article/european-social-partners-agree-to-revise-2002-framework-agreement-on-telework>, [accessed 2023-09-29].
- European Trade Union Institute. *Romania: law on teleworking approved*. (2020). Available online: <https://www.etui.org/covid-social-impact/romania/romania-law-on-teleworking-approved>, [accessed 2023-10-11].
- Even, Angela. "The evolution of work: Best practices for avoiding social and organizational isolation in telework employees." *Available at SSRN 3543122* (2020).
- Ferreira, Rafael, et al. "Decision factors for remote work adoption: advantages, disadvantages, driving forces and challenges." *Journal of Open Innovation: Technology, Market, and Complexity* 7.1 (2021): 70.
- Flores, Marivic F. "Understanding the challenges of remote working and its impact to workers." *International Journal of Business Marketing and Management (IJBMM)* 4.11 (2019): 40-44.
- Framework agreement on telework . European trade union confederation. Brussels 2002/07/16. (2002). Available online: https://resourcecentre.etuc.org/sites/default/files/2020-09/Telework%202002_Framework%20Agreement%20-%20EN.pdf, [accessed 2023-09-09]
- Galanti, Teresa, et al. "Work from home during the COVID-19 outbreak: The impact on employees' remote work productivity, engagement, and stress." *Journal of Occupational and Environmental Medicine* 63.7 (2021): e426.
- Grigonienė, Rasa. "Technologijos ir darbuotojų apsauga: nuotolinio darbo iššūkiai." *Darbo teisės iššūkiai besikeičiančiame pasaulyje: [mokslinių straipsnių rinkinys]. Liber Amicorum et Collegarum profesorei Genovaitei Dambrauskienei/Mykolo Romerio*

- universitetas; sudarytoja Ingrida Mačernytė-Panomariovienė. Vilnius: Mykolo Romerio universitetas, 2020. ISBN 9786094880070. (2020).
- Grincevičienė, Neringa. "Nuotolinio darbo naudojimo intensyvumo poveikis darbuotojų darbo ir asmeninio gyvenimo balansui." *Buhalterinės apskaitos teorija ir praktika* 21 (2020).
- Hodžic, Sabina, et al. "When telework is a burden rather than a perk: The roles of knowledge sharing and supervisor social support in mitigating adverse effects of telework during the COVID-19 pandemic." *Applied Psychology* (2023).
- Yaroshenko, Oleg, et al. "Features of remote work in Ukraine and the European Union: Comparative legal aspect." *Hasanuddin Law Review* 7.3 (2021): 136-149.
- Langovska, Lilita, and Sarmite Rozentale. "Remote Work during the Covid-19 Pandemic:– Problems and Solutions on the Example of Vidzeme Region in Latvia." *Proceedings of the 2021 International Conference "Economic Science for Rural Development"– Jeglava, May*. Vol. 13. 2021.
- Lazarova, Teodora. "The economic perspective of remote working places." *Папу у кyлmyпа б.(2)* (2020): 30-41.
- Lengen, Julia Christine, et al. "Social isolation among teleworkers in the context of the COVID-19 pandemic: indications for organising telework with respect to social needs." *Zentralblatt für Arbeitsmedizin, Arbeitsschutz und Ergonomie* 71 (2021): 63-68.
- Lietuvos Respublikos asmens duomenų teisinės apsaugos įstatymas. Paskelbta valstybės žiniuose 1996-07-03, Nr. 63-1479. Galiojanti suvestinė redakcija nuo 2021-12-01 iki 2023-12-31. (1996). Available online: <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/bc0837f27f9511e89188e16a6495e98c>, [accessed 2023-10-17].
- Lietuvos Respublikos darbo kodekso patvirtinimo, įsigaliojimo ir įgyvendinimo įstatymas. TAR, 2016-09-19, Nr. 23709. Suvestinė redakcija nuo 2023-08-31. (2016). Available online: <https://www.e-tar.lt/portal/legalAct/f6d686707e7011e6b969d7ae07280e89>, [accessed 2023-09-20].
- Lietuvos respublikos darbuotojų saugos ir sveikatos įstatymas. Paskelbta valstybės žiniuose 2003-07-16, Nr. 70-3170. Galiojanti suvestinė redakcija nuo 2022-05-01. (2003). Available online: <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.215253/asr>, [accessed 2023-10-30].
- Lietuvos respublikos seimo kanceliarija. *Su nuotoliniu darbu susijusių darbuotojo išlaidų kompensavimas Europos Sąjungos valstybėse ir JAV*. Analitinė apžvalga 21/110. (2021). Available online: https://www.lrs.lt/sip/getFile3?p_fid=39530, [accessed 2023-10-29]

- Llave, Oscar Vargas, et al. *Telework and ICT-based Mobile Work: Flexible Working in the Digital Age*. Publications Office of the European Union, 2020.
- Lord, Phil. "The social perils and promise of remote work." (2020).
- Maghlaperidze, Eka, Natalia Kharadze, and Halyna Kuspliak. "Development of remote jobs as a factor to increase labor efficiency." *Journal of Eastern European and Central Asian Research (JEECAR)* 8.3 (2021): 337-348.
- Nesuda, Elizabeth. "The impact of the covid-19 pandemic on employee engagement and performance in the teleworking context in the us public sector: a phenomenological case study." (2023).
- Pennington, Alison, and Jim Stanford. "Briefing Paper: Working from home: Opportunities and risks." (2020).
- Pianese, Tommasina, Luisa Errichiello, and Joao Vieira da Cunha. "Organizational control in the context of remote working: A synthesis of empirical findings and a research agenda." *European Management Review* 20.2 (2023): 326-345.
- Pokojski, Zenon, Agnieszka Kister, and Marcin Lipowski. "Remote work efficiency from the employers' perspective—What's next?" *Sustainability* 14.7 (2022): 4220.
- Putra, Arsyi Manggali Arya, Mohammad Isrok, and Nur Putri Hidayah. "Legal Protection of Remote Working Workers in Particular Time Employment Agreements." *Audito Comparative Law Journal (ACLJ)* 4.1 (2023): 22-30.
- Rymaniak, Janusz, et al. "From stationary to remote: Employee risks at pandemic migration of workplaces." *Sustainability* 13.13 (2021): 7180.
- Savić, Dobrica. "COVID-19 and work from home: Digital transformation of the workforce." *Grey Journal (TGJ)* 16.2 (2020): 101-104.
- Shoislomova, Sitora. "The experience of developed countries in regulating the use of remote personnel labor." *World Bulletin of Management and Law* 17 (2022): 48-51.
- Thompson, Beverly Yuen. "The digital nomad lifestyle:(remote) work/leisure balance, privilege, and constructed community." *International Journal of the Sociology of Leisure* 2.1-2 (2019): 27-42.
- Voort, Job. The benefits and challenges of hiring an international remote workforce. Open access government. (2023). Available online: <https://www.openaccessgovernment.org/benefits-challenges-hiring-international-remote-workforce/157074/>, [accessed 2023-10-13].
- 2021 m. sausio 21 d. Europos Parlamento rezoliucija su rekomendacijomis Komisijai dėl teisės atsijungti (2019/2181(INL)), Briuselis. Available online: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0021_LT.html, [accessed 2023-10-30].
- 2016 m. balandžio 27 d. Europos Parlamento ir Tarybos reglamentas (ES) 2016/679 dėl fizinių asmenų apsaugos tvarkant asmens duomenis ir dėl laisvo tokių duomenų judėjimo ir kuriuo panaikinama Direktyva 95/46/EB (Bendrasis duomenų apsaugos

reglamentas). Available online: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/LT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>, [accessed 2023-10-30].

DALIA PERKUMIENĖ

Vytautas Magnus University, Faculty of Bioeconomics/law
(Kaunas, Lithuania)

Studentų str. 11, Akademija, Kaunas district LT-53361.
University of Kazimieras Simonavičius, Faculty of law, Vilnius,
Lithuania.

scientific area-law.

dalia.perkumiene@vdu.lt

Orcid: 0000-0003-4072-3898

LITA RIPINSKIENĖ

University of Kazimieras Simonavičius, Faculty of law, scientific
area-law, Vilnius,
Lithuania. Practitioner. Member of the Lithuanian Society of Law.

lita.ripinskiene@stud.ksu.lt

Orcid: 0009-0006-8349-6137

JUOZAS TUMAS

University of Kazimieras Simonavičius, Faculty of law, scientific
area-law,
Vilnius, Lithuania. Member of the Lithuanian Society of Law.

juozas.tumas@stud.ksu.lt

Orcid: 0009-0000-5768-048X



LA ESTRUCTURA DEL CONFLICTO FAMILIAR

THE STRUCTURE OF FAMILY CONFLICT

SERGIO ALEJANDRO QUIROGA CHAPA¹

Universidad Autónoma de Nuevo León. México

Recibido: 27/10/2023

Aceptado: 20/11/2023

Sumario: 1. Introducción. 2. Los andares del conflicto. 3. El conflicto como un fenómeno social. 4. Los tipos de conflictos. 5. Factores que influyen en los resultados de un conflicto. 6. Las partes en el conflicto. 7. El rol de las partes en el conflicto. 8. La identificación de la problemática que encierra el conflicto. 9. Las etapas del conflicto. 10. Algunos conflictos que rodean a la familia.

¹ Licenciado en Derecho y Ciencias Sociales, Máster en Métodos Alternos de Solución de Controversias y Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Catedrático e Investigador de Tiempo Completo en la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL. Abogado Postulante en el Despacho Martínez & Quiroga, Consultores Legales.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo hacer un breve análisis de la existencia del conflicto dentro de la familia y cómo éste es que impacta a la conformación social, teniendo como eje central a los integrantes de este grupo extenso y la forma de gobierno que, a lo largo del tiempo y desde que se decidió formar una sociedad, ha venido imperando en todo el mundo.

Claro está que existen diversos factores iniciadores del conflicto, como lo son: la cultura, religión, ideologías, época generacional, entre muchos otros; sin embargo, en el este trabajo abordaremos lo referente al origen y etapas por las que transita el mismo, y cómo los integrantes de una familia, desde su posición siendo padre, madre, hijos y familiares, afrontan, identifican y se relacionan con el conflicto.

Por otro lado, también abordamos la estructura conflictual y cómo es que éste transita desde antes de su conformación formal hasta la manera en cómo se materializa de acuerdo a los actores principales.

Ahora bien, es importante señalar que el conflicto ha estado siempre presente en la vida del ser humano, ya que, desde los inicios de la conformación social, se presentan diversos escenarios en los cuales todo integrante de la sociedad debe transitar y enfrentar las confrontar del problema.

2. LOS ANDARES DEL CONFLICTO

El conflicto forma parte de la vida activa de una sociedad y debe ser tomado en cuenta como un “fenómeno ineludible de la vida cotidiana”²; es la propia vida dentro de la sociedad la que nos hace susceptibles de formar parte de un conflicto, todo por el simple hecho de la interacción de todos y cada uno de los integrantes de la misma.

Cuando nos referimos a ese tipo de desacuerdo entre grupos o personas, podríamos señalar que el “conflicto es una relación entre dos o más partes que creen tener metas incompatibles”.³

² URQUIDI, Juan Enrique. *Mediación, Solución a Conflictos sin Litigio*. Centro de resolución de conflictos. México. 1999, p. 29.

³ Kriesberg, Louis, *Sociología de los Conflictos Sociales*, México, Editorial Trillas, 2005, p. 32.

El conflicto puede evitar la conformación de un proyecto ya que, si dos partes no pueden ponerse de acuerdo en un mismo sentido a la hora de tomar decisiones, esto traerá como consecuencia, por ende, que las partes se vean en confrontación directa, no obstante, si el conflicto pudiese ser identificado de manera plena y el acordamiento de éste fuese en forma coherente y abierta por lo participantes, se pudiera dar el caso en que la búsqueda de resultados favorables fuese de mayor magnitud.

De acuerdo con Beatriz Martínez, los conflictos son manifestaciones de interacción, pues implica la presencia de por lo menos dos partes, ya sean personas, grupos de personas o inclusive Estados. El conflicto tiene sus orígenes en una diferencia de opiniones o el deseo de obtener algo a costa de todo; así como en aspiraciones incompatibles mismas que inducen a las partes a confrontarse en el intento de lograr su cometido.⁴

De esta manera, la autora antes citada menciona que las causas generadoras del conflicto son:

1. Barreras en la comunicación, esto puede ser interpretado como todos aquellos factores directamente relacionados con la falta de construcción del puente comunicacional entre las partes, ya sea de manera directa o por la intervención de elementos externos que no precisan, pero puede ser desde que las partes no entablen comunicación directa hasta que los mensajes emitidos por las partes no alcancen los mismos niveles de transmisión.

2. La mala interpretación, cuando alguna información no es recibida de la forma correcta de acuerdo con el receptor, existen dos cosas: primero, el mensaje que fue estructurado por el emisor con la creencia de que la sintonía de emisión llegaría a su receptor de forma correcta y ésta no fue así. Segundo, que el mensaje recibido no haya sido en el mismo sentido en que fue creado, y con ello tanto la parte emisora como la receptora no tienen claro cuál o cuáles fueron las causas y objetivos perseguidos en la formación del mensaje.

3. El exceso de interacción, que trae como consecuencia el desgaste de las partes, tanto emocional como físicamente, por lo que es de considerar que, si bien el conflicto se encuentra latente, es más posible que éste estalle si la partes tuvieron roces de manera continua.

⁴ MARTÍNEZ Munguía, Beatriz. *Mediación y Resolución de Conflicto*. Ed. Paidós. México. 1999. p. 20.

4. La deshonestidad, trataremos de hablar a la inversa, una persona es honesta en su entorno cuando todos aquellos que de manera directa o indirecta, teniendo una relación con ésta, puede atestiguar que la forma de conducirse ante la sociedad no podría ser objeto de reproche sino todo lo contrario, sería merecedor de reconocimiento extenso e inclusive público como resultado de esa cualidad, hay de aquel que no cumplierse dicho ordenamiento moral, pues sería merecedor de la descalificación de todo su entorno.

5. La negligencia, es una causal en el sentido de la pérdida de la confianza por una de las partes, sobre todo la parte agraviada, en este sentido la parte principal fue lesionada o dañada por otra persona, quien, por la falta de cuidado o pericia sobre la aplicación de algún procedimiento determinado, tiene como consecuencia un daño.

3. EL CONFLICTO COMO UN FENÓMENO SOCIAL

3.1. La naturaleza del conflicto

La conformación de una sociedad se encuentra delimitada por los individuos que la integrarán y al estar interrelacionados tanto los que formamos parte directa de la sociedad como aquellos que de alguna u otra forma se integran de manera temporal a la misma, ambos jugamos roles importantes para el desarrollo de la misma sociedad.

No obstante, como toda sociedad que se encuentra delimitada por sus integrantes, es necesaria la implementación de reglas conductuales que son predefinidas por un de gobierno y que es éste quien, por medio de su sistema estructural, el que determina la identificación de conductas que pudiesen tener como consecuencia el nacimiento de conflictos

La palabra fenómeno tiene diversas acepciones de acuerdo a la real academia española, aun cuando dentro de las que enumera la misma debemos determinar que para el objetivo que se persigue en el desarrollo de esta trabajo, es de resaltar lo que Immanuel Kant dentro de su filosofía establece, “lo que es objeto de la experiencia sensible”⁵

Por lo anterior podemos partir que un fenómeno es una cosa de estudio de acuerdo a los trastornos que ha causado a consecuencia de su aparición, esto

⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, concepto de “fenómeno”, Aceptión de Immanuel Kant.

quiere decir que tomamos al fenómeno como una cuestión conductual y que trae consigo un cambio o transformación de conductas que se venían dando a raíz de la aparición experiencias dadas o vividas de manera directa y que, como consecuencia, tienden a transformar formas de comportamiento.

Esto debe tener como resultado que una experiencia deja un camino nuevo por recorrer y que en el terreno en el que estamos abordando, pudiéramos decir que traería como consecuencia cambios en el entorno social y por consecuencia cambios también en los integrantes de la misma.

La sociedad por su parte nace como resultado de una exigencia desmedida de los integrantes de grupos que necesitaban una identidad y con ello una forma de vida más estructurada y regulada por normas.

Es ahí donde el fenómeno social nace como punto de partida hacia la identificación de esa necesidad de reglar, como lo son los diversos conflictos en los que la sociedad se ha visto inmerso en el devenir del tiempo y con la firme convicción de poder establecer mecanismos más *ad hoc* a las exigencias actuales, estructurando los canones normativos a dichas limitantes conductuales.

Si bien, como señalan varios tratadistas, el conflicto es inevitable ya que éste ha existido o al menos existen vestigios históricos que desde que el hombre ha tenido la sed de poder, existe el conflicto, pues con la conformación de gobiernos, sociedades, territorios, delimitaciones fronterizas, por lógica nace un desacuerdo y por ende el conflicto.

“En términos genéricos, una teoría del conflicto social difícilmente será autónoma, lo normal es que forme parte de una concepción global de la realidad social y de su funcionamiento. De ahí que se pueda hablar de dos grandes concepciones del orden social, las cuales condicionan la interpretación de los conflictos sociales:

Teorías consensualistas: La organización de cualquier sistema social tiene a la auto compensación entre los actores y las fuerzas que articulan su estructura y funcionamiento. Los conflictos sociales son pues situaciones anómalas, fruto de una alteración en el discurso normal de la vida social, de manera que tenderán a ser explicados en términos espasmódicos.

Teorías conflictivistas: La sociedad encierra dentro de sí una serie de contradicciones y objetivos colectivos contrapuestos que provocan confrontación de intereses. Por esta razón, el conflicto es inherente a cualquier dinámica social,

es un imperativo estructural y un motor del cambio social.⁶

Para abordar uno de los puntos trascendentales de la formación sociológica que es el conflicto, debemos entender a éste como un elemento inherente a la existencia misma del ser humano en su convivencia diaria.

“Los conflictos son un hecho natural de la vida, no son ni positivos ni negativos, sino que depende de cómo respondamos ante ellos”⁷

Dada la inmensa variedad de fenómenos sociales los cuales pueden ser clasificados dentro de la palabra conflicto, no pudiese establecerse un concepto específico sobre este término, con la que se pretenda dejar claro lo anterior, puesto que, en la búsqueda de la conceptualización que engloba en término conflicto, éste en la mayoría de las veces establece lo relacionado a conflictos interpersonales, en otro sentido se permite identificar rasgos más comunes y de interrelación que permiten, por el tipo de comportamiento, englobar el concepto de conflicto.

Un proceso que se inicia cuando una parte percibe que otra la ha afectado de manera negativa o que está a punto de afectar de manera negativa, alguno de sus intereses”⁸

Al generalizar y ampliar el horizonte de aplicación hacia una conceptualización más homogénea, compartimos la idea de que existen ciertas similitudes, por lo menos de forma, en los conflictos políticos, familiares, comerciales, interpersonales entre otros, dichas compaginaciones permiten que las diversas clases de conflictos se entiendan, como expresiones de un fenómeno social.⁹

Ahora bien, es importante determinar que los rasgos más comunes con lo que se puede identificar la existencia homogénea de un conflicto son: el antagonismo entre las partes, éste se da siempre que existen posturas diversas entre ellas, ya que cada una de las participantes en la situación, desde su trinchera, busca sus propios beneficios y no el equilibrio mutuo, en este sentido se puede dar comportamientos de violencia; otro de los rasgos es el desfase que puede darse entre las causas manifiestas y reconocidas del conflicto y las que imperan

⁶ LORENZO CADARSO, Pedro Luis, “Principales teorías sobre el conflicto social”, *Norba. Revista de historia*, Cáceres-España, 2001, núm. 15, p. 237.

⁷ BOQUÉ I TORREMORELL, María Carme, trad. de Mari Carmen Doñate Ruiz, *Guía de mediación escolar*, Barcelona, Ediciones Octaedro S.L., 2002, p. 8.

⁸ ROBBINS, Stephen P., *Comportamiento organizacional. Conceptos, controversias y aplicaciones*, 6ª ed., México, Edit. Prentice Hall, cap. XIII, 1994, p. 461.

⁹ ETELMAN Remo. *Teoría del Conflicto. Hacia un nuevo Paradigma*. Ed. Gedisa. España. 2002, p. 133.

en ésta prolongando e inclusive haciendo que el efecto del conflicto sea mayor a lo esperado, pues la percepción de éste no es igual para las partes, ya que ninguno de los involucrados tienen noción realmente del porqué de las cosas.

Cuando se da una causa, no se produce necesariamente el conflicto. Para que esto suceda, la causa tiene que ser percibida y sentida como algo que afecta de manera negativa los intereses y necesidades de las partes. Al percibirse un hecho que nos afecta negativamente, entonces, surgen sentimientos y emociones que preceden a una disputa.

“Es importante porque es el punto donde se suelen definir las cuestiones del conflicto. Es el punto del proceso donde las partes deciden de qué trata el conflicto. Y a su vez esta ‘creación de sentimiento’ es medular porque la forma en que se defina un conflicto indicará, en gran medida, el tipo de resultados que podrían resolverlo.”¹⁰

Otro de los rasgos es el desfase que puede darse entre las causas manifiestas y reconocidas del conflicto y las que imperan en ésta prolongando e inclusive haciendo que el efecto del conflicto sea mayor a lo esperado, pues la percepción de este no es igual para las partes, ya que ninguno de los involucrados tiene noción realmente del porqué de las cosas.

“Las emociones desempeñan un papel importantísimo para dar forma a las percepciones. Por ejemplo . . . las emociones negativas producen una simplificación exagerada de las cuestiones, disminuyen la confianza y provocan interpretaciones negativas de la conducta de la otra parte. Por el contrario . . . los sentimientos positivos aumentan la tendencia a encontrar posibles relaciones entre los elementos de un problema, a encontrar una visión más amplia de la situación y a encontrar situaciones más innovadoras.”¹¹

Si no hay percepción, es decir, si no se personaliza un estímulo o causa, no se da el conflicto. Las emociones contribuyen a dar forma a las percepciones, y éstas pueden desencadenar el conflicto.

El ser humano por naturaleza, tiene necesidades básicas dentro de las cuales se encuentra en vivir en común con pares, pese a lo cual, la convivencia diaria puede traer como consecuencia diversas fricciones:

¹⁰ ROBBINS, Stephen P., *Comportamiento organizacional. Conceptos, controversias y aplicaciones*, 6ª ed., México, Edit. Prentice Hall, cap. XIII, 1994, p. 470.

¹¹ *Idem*.

A) Los elementos latentes que dan la conformación del conflicto:

“Causas de un conflicto:

- Las personales
- Las derivadas de las comunicaciones
- Las estructurales o del entorno”¹²

I.- Causas Personales

En este grupo se ubican los sistemas de valores individuales y las características de la personalidad que explican el temperamento, el modo de ser y las diferencias individuales.

Pertenecen a este grupo, fundamentalmente las percepciones y las emociones que muchas veces son la causa de reacciones negativas. Podemos citar en este grupo a los deseos y aspiraciones insatisfechos, frustraciones, celos, envidia, necesidad de reconocimiento, de ser respetado, deseos de progreso, de pertenencia a un grupo (de aceptación), etc.

Ejemplo: el carácter autoritario y descomedido de un supervisor, puede generar innumerables conflictos con sus colaboradores. Igual puede suceder con los valores de una persona (por ejemplo, los religiosos) cuando entre un católico y un ateo se discute un dogma de fe, como la virginidad de la Virgen María o la resurrección de Jesucristo.

Otro ejemplo: Al llegar Juan a su casa en la noche, después de un día en el cual sufrió humillaciones y fue desplazado de su trabajo habitual, ante la sola pregunta de su esposa: de dónde estuvo, le responde con inusual agresividad, atacándola verbal y físicamente. ¿Cuál fue la causa del conflicto desatado?: ¿el deseo de la esposa de saber dónde había estado Juan? ¿o la frustración, desengaño y angustia de Juan? Juan sólo buscó un pretexto para montar en cólera.

3.2. Causas derivadas de las comunicaciones

También pueden generarse conflictos por problemas de comunicación entre las personas o grupos, tales como malentendidos, desinformación, problemas semánticos, por mentiras o engaños, los gestos y actitudes que forman parte

¹² *Ídem.*

del lenguaje corporal, las comunicaciones poco claras o transmitidas a través de terceros (teléfono descompuesto), etc.

Ejemplo: el significado que se da a las palabras no siempre es el mismo en todas las culturas y países. En México, por ejemplo, poseen unos hermosos y confortables buses a los cuales llaman “camiones”, mientras que en el Perú los camiones son vehículos de carga.

Otro ejemplo: las redacciones poco claras, dificultan la captación del mensaje y pueden ser fuente de conflicto. Veamos la siguiente frase: “el antecedente de la sanción es el opuesto contrario del “deber”; y el “deber” del deudor de la prestación, es aquella conducta a la que tiene “derecho” el acreedor; es decir su “meta legítima”.

3.3. Causas Estructurales o del Entorno

El entorno tiene muchísimas variables que pueden afectar a las personas y grupos y a sus relaciones. Por ejemplo: disposiciones legales (por ejemplo: el despido arbitrario y su secuela, la desocupación); la política tributaria del País (fuerte carga tributaria que afecta la liquidez de las personas y las empresas); la falta de trabajo, la baja calidad del servicio de salud a cargo del Estado o la seguridad social (hace necesario tener un seguro particular); las condiciones inseguras de trabajo (hacen peligrar la salud del trabajador); la escasez de recursos (no se tiene lo suficiente para cubrir los gastos de la familia); el sistema de reconocimiento o premiación en el trabajo (puede generar insatisfacción si se percibe injusticia); el estilo de mando duro y exigente, falta de límites a la autoridad y responsabilidad, las funciones en el trabajo que no están claramente definidas, metas antagónicas entre áreas de una misma empresa, posesión irregular de bienes, etc.

Ejemplo: El despido del trabajo y la falta de oportunidades laborales pueden exasperar a los miembros de una familia y ponerlos en condiciones de frecuentes conflictos que día a día se van agravando.

Otro ejemplo: En las minas del país, por lo general se privilegia en exceso el cumplimiento de las metas de producción diarias, generando una fuerte presión en los supervisores responsables de cumplir con el tonelaje y la ley de mineral. Esta circunstancia obliga a que el supervisor someta a una excesiva presión a sus colaboradores (obreros), aún, en muchos casos, a costas de su seguridad. Esto genera reclamos, y en algunas oportunidades paralizaciones (paros o

huelgas) que resultan para las partes, sumamente costosas, más aún si se produce un accidente incapacitante o fatal.

Juan Pablo Lederach quien es citado por Gladys S. Álvarez, determina que los factores que complementan la existencia del conflicto se encuentran meticulosamente enlazados en una dimensión estructural parecida a un triángulo en la que todos sus lados son perfectamente iguales y la distancia entre las puntas son precisas, tomando en consideración lo planteado por el tratadista antes mencionado es importante darle nombre e identidad a estos factores llamándolos las personas, el problema y el proceso¹³.

Una de las cosas importante de resaltar es que todo individuo al encontrarse rodeado de otros individuos, difícilmente su estado de ánimo será siempre el mismo y que por ello se encuentra vulnerable a la fricción. Aquí hay que entender que todo individuo se ve rodeado de controversias, aunque, lo más importante cuales son las circunstancias que dan nacimiento al conflicto y como se presentan éstas, con la firme intención de forman un plan de acción para resolverlo.

Eduardo Jorge Arnoletto, señala que el conflicto transita por cinco fases:

1.- Pre-conflicto, en esta fase se puede determinar la existencia de dos salidas posibles de las partes involucradas, a) que la problemática existente se pueda resolver sin violencia y b) que el abordamiento del mismo sea de forma violenta.

2.- Escalada del conflicto, en la fase número 2, del encuadre conflictual, se expresan cuestiones de violencia esporádica, así como manifestaciones de consolidación y reconstrucción de la paz.

3.- Conflicto y crisis, en este nivel es de considerar la posible exteriorización de violencia, también la movilización de masas, la obtención de paz en el mayor de los casos sería mediante el uso de la fuerza extrema.

4.- Resolución del conflicto, aquí podemos identificar la culminación del conflicto, no obstante, existen también el recuento de los daños y consecuencias del mismo conflicto.

5.- Transición post conflicto y desarrollo, en esta parte final, ya no existe confrontación entre las partes que estuvieron involucradas en el conflicto, aquí

¹³ ÁLVAREZ Gladys Stella. *La Mediación y El Acceso a Justicia*. Buenos Aires. 2003, p. 60., LEDERACH Juan Pablo. *Enredos, Pleitos y Problemas. Una Guía Práctica Para Ayudar a Resolver Conflictos*. 2ª ed. Clara-Semilla, Comité Central Menonita. Guatemala, p. 35.

ya se puede identificar la implementación de la paz por medio de un acuerdo al igual la reconstrucción de todo aquello que fue dañado en el momento en que el conflicto tomo fuerza.¹⁴

Al igual que el autor anteriormente citado, Armando Castenedo, también señala la clasificación del conflicto en cinco etapas:

1.- El Conflicto latente, aquí se puede identificar la parte principal del nacimiento del conflicto, al exteriorizarse las posturas de las partes intervinientes como son, las ideas personales sobre alguna cuestión, las opiniones que tienen acerca de un tema determinado, lo intereses que rodean a cada uno para la obtención de un beneficio.

2.- La iniciación del conflicto, en esta etapa las partes no solo exteriorizan los elementos conflictuales, sino que también los hacen manifiesto a su contraparte como algo que a ellos les causa un deterioro personal o patrimonial y que no dejarán que eso suceda, aquí se puede ver la confrontación directa.

3.- La búsqueda del equilibrio del poder, Las partes en conflicto, una vez controlados los ánimos de confrontación, buscan establecer posibles soluciones al problema o problemas que los tienen en esa situación, con lo anterior se pretende dar una quietud a la tensa relación hostil que tuvieron las partes en conflicto.

4.- El equilibrio del poder, al estableces, de toda esa lluvia de ideas, posibles soluciones al conflicto, las partes ya tienen un equilibrio en su relación y con ello no se identifica un dominio de uno sobre otro.

5.- La ruptura del conflicto, en esta etapa final las partes involucradas deberán tener mucha precaución, pues si las posibles soluciones planteadas en las etapas tres y cuatro, no son aplicadas, lo pactado puede quedar de lado y resurgir el conflicto anterior y aún más nuevos conflictos.¹⁵

No obstante, éste las llama de otra forma e inclusive se puede decir que realiza una clasificación un tanto diferente a la anterior y que lo anterior daría como resultado, a la vista que cualquier lector una discrepancia en la conceptualización de la vida del conflicto.

¹⁴ ARNOLETTO, Eduardo Jorge. *Los conflictos en lo procesos sociales, una visión desde la teoría política y orientaciones metodológicas para su gestión*. Ed. Biblioteca Virtual eumed.net. Córdoba, Argentina. 2013, p. 91-92.

¹⁵ CASTENEDO Abay, Armando. *Mediación, una alternativa para la solución de conflictos*. Colegio Nacional de Ciencias Jurídicas. México. 2001, p. 98.

Aun cuando, al analizar ambas podremos determinar que cada uno aporta elementos importantes y trascendentes para el entendimiento del tema que nos atañe.

Por otro lado, Osvaldo D. Ortemberg, determina que el abordar el conflicto como concepto se tiene que partir de dos perspectivas:

1.- La perspectiva filosófica, incluyendo en ella, lo respectivo a la esencia de la humanidad, con lo que se pretende aludir a que las cuestiones naturales del hombre.

2.- La perspectiva de intereses, la cual es determinada con base a las razones que tiene dos o más personas de delimitar intereses incluyentes.¹⁶

4. LOS TIPOS DE CONFLICTOS

El doctor Francisco Javier Gorjón Gómez¹⁷, autor de diferentes obras relacionadas con el tema específico, señala que el conflicto transita en diversas vías y que éste debería ser tipificado en variables esquemas:

Conflictos competitivos: en este tipo de conflicto, el rol de las partes se encuentra plenamente establecido, pues cada una de éstas tiene bien determinado que deberá derrotar a la otra, la forma en que las partes abordan el conflicto será agresivamente y se puede determinar que siempre existirá un ganador y un perdedor, no existe posibilidad alguna de que existan dos ganadores o un empate.

“...cuando se dan este tipo de situaciones, sólo una de las partes puede salir victoriosa, mientras que la otra pierde en su totalidad. La forma en que ambas partes se relacionan está regida por una serie de reglas. En estas situaciones competitivas, las partes se esfuerzan por alcanzar metas que son mutuamente incompatibles. Cada una de las partes aspira a ganar, en vez de buscar la derrota del contrario. Las acciones de cada una de las partes son seleccionadas bajo criterios basados en la probabilidad de que conduzcan a resultados exitosos, y la competencia termina cuando el resultado es obvio para ambas partes”.¹⁸

¹⁶ ORTEMBERG, Osvaldo D. *Mediación Familiar. Aspectos jurídicos y prácticos*, Buenos Aires, Argentina. Biblos. 1996, p. 17.

¹⁷ GORJÓN GÓMEZ, Francisco J.; SÁENZ LÓPEZ, Karla A., *Métodos Alternos de Solución de Controversias. Enfoque educativo por competencias*, p. 39.

¹⁸ FILLEY, Alan C., *Solución de conflictos interpersonales. Teoría y práctica organizacional*, México, Trillas, 1991, p. 12

Conflictos perturbadores: El ganar en este tipo de conflictos, si bien es cierto puede ser parte de su objetivo, no es el principal, pues las partes tienden más a desacreditar, dañar e inclusive humillar a su contrincante, gran parte de las cuestiones abordadas en el mismo conflicto se ven encuadradas por la ira, el temor fundado, la rabia entre otros sentimientos que como consecuencia de los mismos, es difícil conformar escenarios posibles para resolver sus diferencias.

“...en este tipo de conflictos las partes no siguen una serie de reglas aceptadas mutuamente ni su preocupación primordial es vencer. En cambio, sí pretenden derrotar o perjudicar, al contrario. Para ello, utiliza medios acordes con sus pretensiones y la atmósfera es de tensión, ira o temor. En casos extremos, las partes en conflicto perturbador no seguirán un comportamiento racional y se comportarán de cualquier forma que sea necesaria para alcanzar el resultado deseado y derrotar al que consideran su oponente...”

“...los conflictos están por lo regular, distribuidos a lo largo de una continuidad entre los competitivos y los perturbadores. Es decir, generalmente no nos topamos con un conflicto propiamente competitivo ni con uno propiamente perturbador. Un competidor cambia su comportamiento, de perseguir racionalmente una estrategia para ganar, a un acto de agresión irracional. Por lo tanto, los motivos de acción de las partes y el grado de control estratégico que cada parte muestra son factores importantes para determinar si un conflicto es competitivo o perturbador”.¹⁹

Conflictos reales: el entorno que rodea la naturaleza de este conflicto es que las partes involucradas tienen plenamente definidos sus objetivos, las pretensiones de ellos y los intereses buscados; no obstante, a diferencia de otro tipo de conflicto, en éste la agresividad, la humillación y otras clases de violencia tanto física como psicológica no se encuentran presente.

“...existe una lucha en torno a fines concretos y uno de los medios más idóneos para alcanzar tales fines suele ser el uso de las amenazas, la coacción y la fuerza”²⁰

Conflictos irreales: la irrealidad parte de una falsa percepción de las cosas, por lo tanto, la recepción errónea de un mensaje, el uso de lenguaje inadecuado a la situación, la percepción equivocada de las cosas, son elementos

¹⁹ *Ídem.*

²⁰ COSER, Lewis, *Las funciones del conflicto social*, México, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1961, p. 8.

trascendentales para la conformación de un conflicto, pero sin estructura conceptual, ya que carece de principio y fin.

Lo importante, al abordar este tipo de conflicto, es hacer ver a las partes qué, como punto principal es necesario estructurar un puente comunicacional adecuado, para que la información tendiente a fluir sea la adecuada pues en su origen nos encontramos en un conflicto inexistente; pero que, a pesar de ello, por la manera en que fluyo la información o los acontecimientos, la partes creen en su realidad.

“...no existe un antagonismo de fines entre los actores ni disputas por el goce de bienes escasos. La nota distintiva de los conflictos irreales es la presencia de cierta energía hostil que busca un “antagonista” para utilizarlo como blanco, a fin de descargar la agresividad sobre él. Lo que importa es encontrar un pretexto para realizar la catarsis. El conflicto irreal es suscitado por la preexistencia de impulsos agresivos que buscan una manera de manifestarse y un objeto al cual orientar, canalizar, su agresividad. Entonces, es la rabia la que incita a buscar un ‘enemigo’...”²¹

Conflictos funcionales: la naturaleza de este tipo de conflicto se encuentra latente en el ámbito empresarial, pues la dinámica que se da en éste tiene como referente, el trabajo en equipo, la conformación de soluciones a problemas planteados, el uso de la creatividad entre los integrantes del equipo y un sano ambiente, pues es menester de ellos, dentro de sus funciones, el resolverlo como objetivo en común.

Es una confrontación entre grupos que resulta positiva para el rendimiento de la organización. Por ejemplo, puede desatarse entre dos departamentos de un mismo hospital con respecto al sistema más eficaz para prestar atención sanitaria a las familias de renta baja del medio rural.

Ambos departamentos están de acuerdo con respecto al objetivo, pero no en cuanto a los medios para alcanzarlo. Cualquiera que sea la solución, lo más probable es que las familias de baja renta del medio rural reciban mejor atención medica cuando se resuelva el conflicto. Si en las organizaciones no se produjeran conflictos de este tipo, habría pocos motivos para introducir cambios y la mayoría de los grupos llegarían a una situación de práctica inactividad.

²¹ *Ibidem*, p. 9.

Conflictos disfuncionales: Por el contrario, al tipo de conflicto anteriormente mencionado, las características del conflicto disfuncional es la tensión, la inexistencia de creatividad y propuestas, así como la necesidad de agredir a todos los involucrados, en este sentido la mezcla de sentimientos junto con la pérdida del objetivo trazado que es el problema impide el desarrollo de forma regular en las actividades.

Es cualquier confrontación o interacción entre grupos que perjudica a la organización o impide que ésta alcance sus objetivos. La dirección debe tratar de eliminar los conflictos de este tipo.

Un conflicto beneficioso se torna a menudo perjudicial. En la mayor parte de los casos es imposible el identificar con precisión el momento en que un conflicto funcional se convierte en disfuncional. Un nivel idéntico de tensiones y conflictos, que da lugar a que un grupo avance de forma saludable y positiva hacia sus objetivos, puede resultar perturbador y disfuncional en otro grupo (o incluso en el mismo grupo en otro momento).

La tolerancia de un grupo con respecto a las tensiones y conflictos también puede depender del tipo de organización a la que sirve. Los conflictos disfuncionales pueden afectar negativamente al rendimiento de personas, grupos y organizaciones.

5. FACTORES QUE INFLUYEN EN LOS RESULTADOS DEL CONFLICTO

El hecho de que un conflicto sea funcional o disfuncional dependerá de varios factores.

I.- El contexto sociocultural. Las diferencias de los antecedentes socioculturales de las partes exagerarán las barreras y reducirán la probabilidad de resolver un conflicto funcional.

II.- Los asuntos que se tratan. Los asuntos muy importantes, complejos y antiguos tienen mayor probabilidad de producir resultados disfuncionales que los asuntos triviales, sencillos y de reciente aparición.

III.- El marco cognoscitivo. Las personas que tienen una actitud de cooperación con mayor probabilidad pretenderán un resultado funcional que las personas que tienen actitudes competitivas.

IV.- Las características de las partes en conflicto. El conocimiento, las experiencias y los estilos personales de las partes pueden influir en el resultado del conflicto. Por ejemplo, los resultados serán diferentes si las dos partes tienen bastante experiencia en cuanto a los temas en conflicto o si ninguna de las partes tiene los conocimientos necesarios.

V.- Errores de juicio y de percepción. Los errores de percepción y atribución pueden hacer que las partes actúen con base en información equivocada, exagerando así el conflicto existente o produciendo desacuerdos nuevos.²²

Conflictos agresivos: lo más destacado en este tipo de conflicto es que las partes tienden a ser sumamente agravias llegando al grado de la destrucción total o parcial de su contraparte, no importando las cuestiones sentimentales, se puede decir que la existencia de ellos se da por hechos reales y comúnmente son relacionados con guerras entre naciones o movimientos armados dentro de un mismo territorio.

Agresión: “...cualquier forma de conducta que pretende herir física o psicológicamente a alguien”²³

Muchas veces la agresión es confundida con la ira o la hostilidad, en cambio, es diferente. La ira de agresión porque esta es comprendida como “un conjunto de sentimientos producidos por un acontecimiento desagradable pero que, a diferencia de la agresividad, no persigue una meta concreta. Por otra parte, la hostilidad es una actitud negativa o juicio desfavorable hacia una o más personas”.²⁴

En este sentido, Berkowitz hace un compendio de los tres términos:

“La ira en discurso cotidiano se refiere a sentimientos concretos, respuestas corporales motoras, reacciones psicológicas concretas e incluso a asaltos abiertos físicos y/ o verbales. Pese a lo expuesto, como estos diferentes sistemas de respuesta sólo se hallan débilmente interrelacionados, el término ‘ira’ hace referencia a las experiencias o sentimientos. La hostilidad se define simplemente como una actitud negativa desfavorable hacia a una o más personas, pero se reconoce que esta actitud negativa va normalmente acompañada por el deseo

²² SECRETARÍA DE TURISMO, *La naturaleza del conflicto*, disponible en <http://www.sectur.gob.mx/work/models/sectur/Resource/4995/1/images/CAPITULO_9.pdf>, sitio consultado el 17 de febrero de 2014.

²³ BERKOWITZ, Leonard, *La agresión. Causas, consecuencias y control*, Bilbao, Editorial Descleé de Brouwer, S.A., 1996, p. 10

²⁴ GOLDSTEIN, A.P. y KELLER, K., *El comportamiento agresivo. Evaluación e intervención*, Bilbao, Descleé de Brouwer, S.A., 1991, p. 27

de ver sufrir de alguna forma al objeto de la actitud. Por último, la agresividad hace referencia a la disposición relativamente persistente de ser agresivo en diversas situaciones diferentes. Las personas con mucha agresividad tal y como aquí se define, no están necesariamente furiosas porque pueden carecer de sentimientos de ira reconocidos durante gran parte del tiempo que se comportan agresivamente”.²⁵

Conflictos no agresivos: lo sobresaliente de este conflicto es que, a pesar de existir una discrepancia entre las partes, cabe sobremanera la cordura y el buen trato, pues en caso de existir algún agravio, éste se determinaría como involuntario o sin intención de perjudicar a la otra parte.

Conflictos flexibles: al tratar la flexibilidad como bastión en este tipo de conflicto, nos encontramos frente a una disputa ajena a la confrontación, pues las partes se encuentran en posibilidad de negociar con el firme propósito de identificar salidas favorables para ambos y la perspectiva que tienen de ganar todo no se encuentra latente. A pesar de ello le apuestan a la obtención de algún beneficio.

Participantes flexibles se adaptan rápidamente a los cambios, reorganizan sus prioridades cuando es necesario, y son receptivos a las nuevas propuestas (negociador colaborativo).

Conflictos inflexibles: la postura de las partes la tratar de abordar este tipo de conflicto es cerrada, rígida y poco clara, pues aún y cuando el a mayoría de los casos la información que tienen acerca del problema es erróneo, la postura ya tomada da como resultado la poca conformación de alternativas de solución para el mismo.

Es este sentido podemos ver como el Doctor Gorjón realizar una clasificación muy completa y compleja acerca de la identificación del conflicto y cómo de acuerdo a las circunstancias que rodean la conformación del mismo, éste debe ser clasificado y tener un tratamiento diferente.

Con ello pretendemos decir qué aún y cuando un conflicto se encuentre presente o bien tengamos un escenario donde identifiquemos diversos conflictos, primero, antes de querer resolverlo, tendremos que identificarlos para clasificarlos y poder estructurar la estrategia idónea para su tratamiento.

²⁵ BERKOWITZ, Leonard, *La agresión. Causas, consecuencias y control*, Bilbao, Editorial Desclée de Brouwer, S.A., 1996, p. 58

6. LAS PARTES EN EL CONFLICTO

6.1. La esencia del conflicto

En un conflicto, las partes o actores -personas, grupos, organizaciones, gobiernos- adoptan una conducta contra otros(as) para alcanzar metas que consideran incompatibles con respecto a las metas de la otra parte, o simplemente para expresar hostilidad. Frecuentemente los actores luchan innecesariamente, no porque sus metas sean realmente incompatibles, sino porque parecen serlo. Quizá se podría terminar el conflicto o evitarlo representando correctamente esas metas -lo que ellos demandan de su oponente, y los 2 intereses, lo que ellos(as) realmente necesitan conseguir de la otra parte- con una matriz. Se podría alcanzar un acuerdo que asegure los mejores intereses de las partes, así como los mayores beneficios para ambos lados. Resolver o evitar el conflicto de esta manera sería una acción racional conflictiva. Muchos conflictos se manejan racionalmente, saliendo, en consecuencia, beneficiadas todas las partes. Pero los humanos son seres tanto emocionales como racionales, y muchas veces es la hostilidad y no la razón lo que gobierna la conducta conflictiva

La trascendencia al momento de abordar un conflicto recae plenamente en la identificación de los actores, pues primero se tiene que neutralizar los factores exógenos del problema para así poder configurar la mejor estrategia cuando se pretenda resolver la problemática en cuestión, por ello el identificar de manera clara quienes son las partes del conflicto nos conlleva a realizar la siguiente conceptualización:

El conflicto intrapersonal,²⁶ este tipo de conflicto nace en el interior del individuo tratando de resolver las desavenencias que tiene consigo mismo, por factores que inclusive pueden ser externos a él, pero el hecho de verse frente a ellos, le causan un desequilibrio emocional psicológico.

El conflicto interpersonal,²⁷ En este caso la confrontación puede ser más complejas pues las partes intervinientes también pueden ser factores externos pero que de algún modo tienen relación directa con el conflicto, y por ende tienen una interacción con las contrapartes,

²⁶ ÁLVAREZ Gradys Stella. *La Mediación y El Acceso a Justicia*. Buenos Aires. 2003, p. 61.

²⁷ *Ídem*.

el intergrupual,²⁸ en el cual se identifica a intervención de grupos, organizaciones o culturas, ya sean por el cambio territorial, las diferencias de credos e inclusive comportamientos arraigados.

6.2. El problema

De acuerdo con Gladys S. Álvarez plantea "...el [problema] se refiere a las diferencias esenciales que separan a las personas, lo que podríamos llamar el conflicto real."²⁹

6.3. El proceso

Por último, se encuentra el proceso, éste es el sentido de cómo una vez identificados los dos anteriores elementos, pretendemos determinar la manera en cómo se resolverá la disputa, es decir "... la manera en como la gente trata de resolverlo³⁰."

7. EL ROL DE LAS PARTES EN EL CONFLICTO FAMILIAR

Para poder entrar a conceptualización de este apartado, en primer plano tenemos que establecer cuál es el tipo de conflicto al que nos estamos enfrentando, en este sentido, y de acuerdo a la temática que planteamos podemos decir que las partes en el conflicto son todos aquellos integrantes de las diferentes tipologías familiares que hemos señalado con antelación, claro está que aquí nos abocaremos más en conceptualizar los integrantes directos de la familia consanguínea quienes son:

A). El padre, esta figura que a lo largo de la historia y hasta nuestros tiempos ha tenido, como se ha mencionado en el capítulo I del presente trabajo de investigación, un rol muy definido, pues en la gran mayoría de los casos es quien provee los recursos necesarios para la subsistencia de la familia, hoy en día la figura paterna en lo que respecta a la familia, en la cultura mexicana, es una autoridad dentro de su núcleo, pues es la misma sociedad la que ha permitido que su

²⁸ *Ídem*.

²⁹ *Ibidem*, p. 62.

³⁰ *Ibidem*, p. 64.

posición se mantenga de esa manera.

Es pues importante decir que el poderío dado al padre como garante de la supervivencia familiar, causa en mucha de las ocasiones conflictos entre sus integrantes pues cuando existe una interrelación con los integrantes de la misma familia, salen a la luz un sin fin de cuestiones que sobre pasan la autoridad y control del padre y en muchas de las ocasiones, éste no puede o no tiene la habilidad para sacar adelante la problemática.

B). la madre, esta figura de respeto y cuidado, en muchas culturas occidentales es alabada por el simple hecho de poder engendrar vida, pero no sólo eso, sino que también recae sobre ella el cuidado, protección, formación educativa inculcando valores de respeto tanto para los integrantes de su familia como para todos los que conforman la sociedad.

No obstante, hoy en día el rol que desempeña la mujer en nuestra sociedad ya no es el mismo que hace tres o cuatro décadas atrás venía realizando, pues ahora nos encontramos con una mujer preparada tanto para la vida en casa como el en campo profesional, incursionando en la vida productiva de su familia, por lo que el papel que venía desempeñando quedo atrás, eso en la cultura de occidente trae como consecuencia en muchos de los casos el descontento de su pareja sentimental o esposo.

C). Los hijos, éstos juegan un papel sumamente relajado en ocasiones y tenso en otras tantas; los hijos, dependiente el tipo de familia a la que pertenezcan y a la formación que se les inculca. Pese a lo expuesto, en este punto nos gustaría partir de la familia nuclear.

Aquí los hijos tienen varias obligaciones, la primera de ellas es asistir a la obtención de conocimientos por medio de la educación ya sea pública (que proporciona el gobierno) o privada que es financiada por los padres, otra de sus obligaciones es respetar las reglas impuestas de forma moral en la familia y, por último, que en la mayoría de los casos así es, repetir patrones de conducta arraigados en la familia.

D). La familia extensa, Podremos abordar un cuarto punto para cerrar cono todas las posibles partes en el conflicto, mencionando a los familiares, estos integrantes que son reconocidos en la familia extensa, también juegan un rol importante en el conflicto, pues sean ellos o los actores principales siempre participar de forma directa o indirecta haciendo algún tipo de comentario o bien tratando de ofrecer posibles soluciones en ese mismo sentido.

Ahora bien, para determinar la correlación que tiene cada uno de ellos, tenemos que reconocer que la conceptualización antes realizada conlleva al mismo conflicto, pues cada uno de éstos, desde su trinchera tratarán de sacar partido a la situación y así obtener un beneficio personal.

8. LA IDENTIFICACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA QUE ENCIERRA EL CONFLICTO

Como hemos mencionado anteriormente, el conflicto es inherente a las relaciones humanas y que inevitablemente pudiese existir relación alguna sin que se produzcan problemáticas, de igual forma tendríamos que entender que el nacimiento de un conflicto forma parte de un orden.

De acuerdo con Josep Redorta, el conflicto debe entenderse como una expresión de orden, derivando del mismo dos consecuencias principales: primero, que el mismo orden incluya las formas de conflicto especificadas y segundo, que el conflicto debe entenderse como una forma ordenada que surgen pautas dejando de manifiesto que si se sabe manejar tendría una utilidad.³¹

No existe oposición entre los conceptos de orden y conflicto, ambos son resultado de la interacción entre los seres humanos. Los conflictos que se expresan en una sociedad son manifestación de orden, del sistema de relaciones en el que se ha constituido y desarrollado dicha sociedad; Los conflictos, de alguna manera regulan el orden, volviéndose necesarios, permitiendo a su vez que la regulación normativa de los conflictos dé paso a la conformación de un orden estructurado.

Visto lo anterior de otro modo, la conformación de un orden en toda sociedad no es otra cosa sino un arreglo normalizado del conflicto; en este sentido, el orden dispone de procedimientos bien definidos, de distribución de recursos tanto materiales como humanos, así como, la conformación de la autoridad, de tal manera que, al existir un conflicto, la sociedad ordenada, presupone la existencia de mecanismos previamente establecidos para hacer frente a ellos.

La determinación del antagonismo, los propósitos y recursos del conflicto surgen de la estructura del orden que se pretende sustituir. Por lo que afirmamos que la transformación de una sociedad no es producto del azar sino de la conformación de un orden.

³¹ REDORTA, Josep. *Como analizar los Conflictos*. Ed. Paidós. España. 1992, p. 80.

Como ya ha sido mencionado con anterioridad, la existencia de los conflictos que rodean a una sociedad y que atienden a un estallido de violencia, son reconocidos de forma natural como expresiones de ruptura entre los integrantes de la misma sociedad y sus gobernantes, que a toda luz exteriorizan una crisis del orden actual con el objetivo de uno nuevo.

En cualquier caso, el conflicto no manifiesta solo el orden en que se produce; tampoco las relaciones que se establecen después de pasada la crisis del conflicto, pues éstas pueden ser totalmente distintas a las que había con antelación.

La diversidad de formas en las que se puede manifestar los conflictos depende por completo del carácter de interacción social, de la percepción tanto de la persona misma como de los demás integrantes de la sociedad.

Es importante insistir en la necesidad de conocer las características del orden, las reglas, posiciones y relaciones que en éste se den. Solamente el análisis y la división de las relaciones que se den dentro del orden permite una comprensión amplia del conflicto. Es decir, no es suficiente con conocer el conflicto, sino también, las causas que originaron el mismo, por lo que es imperativo conocer las relaciones anteriores, las expectativas de las partes y las posiciones que asumen.

9. LAS ETAPAS DEL CONFLICTO

Debemos puntualizar las etapas por las que el conflicto transita desde su formación hasta la obtención de una solución al mismo, Keneth Boulding hace mención sobre [el ciclo de la vida del conflicto], mismo que surge se desarrolla y muere de acuerdo a sus propias tendencias.³²

Por su parte R. J. Rummel, tomando la perspectiva que planea Keneth Boulding, se adentra a desmembrar el ciclo del conflicto, determinando la existencia de cinco etapas evolutivas de éste, mismas que las se enumeran a continuación:

Primera etapa, “el conflicto latente” en este sentido se identifica la existencia de una controversia en do de dos o más partes la conforman.

Segunda etapa, “la iniciación del conflicto”, es cuando las partes involucradas exteriorizan su intención y plasman de manera directa lo que a su

³² *Ibidem*, p.39.

consideración esta incorrecto y les causa un agravio.

Tercera etapa, “la búsqueda del equilibrio de poder”, lo que se pretende obtener en esta etapa es determinar las posturas de las partes para identificar si existe o no un equilibrio de poder es decir la contienda se ve desbalanceada.

Cuarta etapa “el equilibrio de poder”, una vez identificada la postura de cada uno de las partes y tomando en consideración el desequilibrio si lo hay entre las partes, se busca que sea de manera equilibrada,

Quinta etapa la “ruptura del equilibrio”,³³ esta se da cuando alguna de las partes no quiere ceder en su postura y otra se ve amedrentada por la primera.

10. ALGUNOS CONFLICTOS QUE RODEAN A LA FAMILIA

La interacción cotidiana que se da en el entorno familiar puede traer como consecuencia un sin fin alteraciones conductuales y con ello el estallamiento de diversos conflictos, esto a tomando en consideración las posiciones de cada uno de los integrantes de la familia y por ende los roles que anteriormente señalamos

Con lo anterior pretendemos determinar que la convivencia directa en la familia, no siempre se desarrolla en un ambiente de cordialidad y respeto, sino al contrario, existen momentos de tensión cuando se aprecian conductas diversas que traen como consecuencia algunos de los conflictos que más adelante se abordarán.

10.1. Conflicto de pareja

El doctor José Antonio García Higuera determina que “los conflictos en la pareja generan problemas de salud en los miembros de la pareja y los hijos. se analiza la situación de la pareja como institución en la sociedad actual, como se estructura interna y externamente la pareja, se repasan también las áreas de conflicto más comunes, qué y como se desencadenan, la forma que toman y como se resuelven...”³⁴

³³ *Ídem.*

³⁴ PSICOTERAPEUTAS.COM, *Los conflictos de pareja*, disponible en: <http://www.cop.es/colegiados/m-00451/Pareja.htm>

Otra cuestión que trae como resultado la formación de conflictos en la pareja, como ya lo hemos mencionado antes, es que el papel que hoy en día juegan tanto el hombre como la mujer trae como consecuencia la formación de conflictos pues ...” hoy, la mujer trabaja y hace una maestría, el esposo ya no come en casa y al llegar la noche encarga una pizza, se posesiona del control de televisión....³⁵

Susana Golombok³⁶ señala que los matrimonios con problemas tienen algo en común, éstos tienden a criticarse, enfadarse o culparse por algo en contravención al apoyo mutuo, cariño y respeto de aquellos que no viven en conflicto, de tal forma que los primeros, en gran parte, no terminan bien pues la forma de conducirse trae como consecuencia una escalada de conflictos

10.2. Conflicto interparental

Los conflictos interpersonales se pueden dar en diferentes escenarios, el laboral, el social, el religioso e inclusive en el familiar, este último es el que nos interesa analizar.

Como ya lo habíamos señalado con anterioridad, este tipo de conflicto se dé entre dos o más personas que si bien pueden no ser familiares, en este caso lo analizaremos cuando estalla dentro del mismo entorno familiar. Cuando dos o más integrantes de una familia, llamemos propiamente a la consanguínea, tienen una confrontación, ésta trae como consecuencia efectos colaterales, en la mayoría de los casos, para los involucrados, entorno y los demás integrantes de la familia.

10.3. Conflicto generacional

La evolución social que ha tenido el ser humano trae como consecuencia la transformación de ciertos patrones de conducta, éstos son conceptualizados dentro de la sociedad como normas sociales y en la familia como normas morales, estas últimas son de suma importancia para el desarrollo de la familia, pues es ahí donde radica el respeto y las buenas costumbres; sin embargo, en muchas

³⁵ VELAZCO, Alva Félix. *Entendiendo a la Pareja*. Ed. Pax México. AGUILUZ, Luz de Lourdes (compiladora). 2007, p. 98.

³⁶ GOLOMBOK, Susana. *Modelos de familia ¿qué es lo que de verdad cuenta?* Trad. Marc Jiménez. Ed. Graó. España. 2006, p. 138.

ocasione la diferencia en edad y época entre lo padres e hijos tienden a crear un ambiente hostil.

Aquí la formación moral inculcada en la familia no siempre son seguidos al pie de la letra por lo integrantes menores- hijos-, pues existen factores exógenos que puede manipular e inclusive contravenir un comportamiento arraigado de acuerdo a la etapa en que los hijos transitan, por ejemplo la adolescencia, que su propio nombre lo dice, el joven adolece de una maduración conductual y todo lo que los padres le pudiesen decir le podrá parecer una imposición y por ende una des aceptación, y al fin de cuenta la conformación de un conflicto.

10.4. Conflicto sexual

La sexualidad hoy en día en la cultura mexicana ya no es un tabú, pues con la apertura comunicacional mediática, los adolescentes ya tienen a su alcance información adecuada y precisa acerca de su sexualidad.

El punto del conflicto sexual no trata acerca de eso sino de la forma de ver a los integrantes de la familia de acuerdo a su sexo, todavía en nuestro territorio mexicano existe una cultura machista donde el hombre es el jefe de familia y las mujeres juegan un rol de sumisión. Esto trae como consecuencia que las mujeres integrantes de una familia llámense madre e hijas, no sean tratadas por igual a los hombres.

10.5. Conflicto racial

El racismo es una conducta no propia de la familia, pues éste nace a consecuencia de la des aceptación de mezcla entre diversos grupos étnicos ya que, “el uso de la idea de raza como principio de clasificación de la diversidad humana se había utilizado antes del siglo XVIII con referencia a la nacionalidad o a la religión como criterios de diferencia y jerarquía”.³⁷

Lo anterior se puede ver permeado en la familia, pues como ya mencionamos anteriormente, el racismo no solo es en cuestión de colores sino también de preferencias religiosa, sexuales y más, es por ello que también en la familia se puede dar este tipo de conflictos, como por ejemplo cuando el padre está en

³⁷ TERRÉN, Eduardo. *Razas en conflicto: Perspectivas sociológicas*. Ed. Anthopos. Barcelona. España. 2002, p. 10

desacuerdo que su hija tenga una relación de noviazgo con alguien que a su parecer no tiene ni el mismo nivel económico ni mucho menos la misma educación porque mientras su hija desde niña ha tenido una formación educativa de paga en escuelas privadas y con un perfil profesional muy desarrollado, el pretenso muy apenas tiene los medios idóneos para tener una educación básica gratuita, pues no cuenta con el capital económico necesario para sustentar sus estudios.

10.6. Conflicto económico

La cuestiones económicas siempre serán parte de entorno social, pues hoy en día la moneda tiene un lugar importante en el desarrollo de todo un ente, si tomamos en cuenta que el dinero es factor clave para la familia, pues con el se satisfacen por lo menos las cuestiones más elementales, como alimento, vestido, seguridad social, protección, vivienda, etc..., es de preocuparse que en el entorno familiar puedan faltar dichos recursos, máximo si se encuentran presente diversos factores que pueden acrecentar la problemática que deviene de la ausencia de dinero.

La dinámica que hoy juegan los padres en la familia, a cambiando radicalmente, pues las mujeres al igual que los hombres ya forman parte de la actividad económica social, en donde ambos deben generar recursos para satisfacer las necesidades anteriormente enmarcadas. Por ello cuando existen conflictos en el entorno familiar relativos a la separación de la pareja, aparecen otros de la mano como los "...económicos intrafamiliares, tales como los acuerdos sobre el reparto de bienes..."³⁸, así como quien debe aportar recursos para el sostén de los gastos de la casa.

Con todo lo expuesto en el presente trabajo podemos señalar que la familia siendo el eje central de la conformación de una sociedad, es ésta el punto de partida en la cual se materializa el conflicto teniendo obviamente una disparidad de confrontaciones a los largo del tiempo y espacio atendiendo a la evolución social y cultural del entorno en que se rodean los integrantes de dicha familia; sin embargo, es el Estado como eje garante del equilibrio social quien debe prever la existencia de lineamientos normativos que ayuden a la sana relación e interacción de todos los actores sociales y más aun de una familia.

³⁸ García-Longoria Serrano, M Paz y Sánchez Urios, Antonia. *LA MEDIACIÓN FAMILIAR COMO FORMA DE RESPUESTA A LOS CONFLICTOS FAMILIARES*. Revista Portularia 4. Universidad de Huelva, 2004, p. 263.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁLVAREZ Gradys Stella. *La Mediación y El Acceso a Justicia*. Buenos Aires. 2003.
- LEDERACH Juan Pablo. *Enredos, Pleitos y Problemas. Una Guía Práctica Para Ayudar a Resolver Conflictos*. 2ª ed. Clara-Semilla, Comité Central Menonita. Guatemala.
- ÁLVAREZ Gradys Stella. *La Mediación y El Acceso a Justicia*. Buenos Aires. 2003.
- ARNOLETTO, Eduardo Jorge. *Los conflictos en lo procesos sociales, una visión desde la teoría política y orientaciones metodológicas para su gestión*. Ed. Biblioteca Virtual eumed.net. Córdoba, Argentina. 2013.
- BERKOWITZ, Leonard, *La agresión. Causas, consecuencias y control*, Bilbao, Editorial Desclee de Brouwer, S.A., 1996.
- BOQUÉ I TORREMORELL, Maria Carme, trad. de Mari Carmen Doñate Ruiz, *Guía de mediación escolar*, Barcelona, Ediciones Octaedro S.L., 2002.
- CASTENEDO Abay, Armando. *Mediación, una alternativa para la solución de conflictos*. Colegio Nacional de Ciencias Jurídicas. México. 2001.
- COSER, Lewis, *Las funciones del conflicto social*, México, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1961.
- ETELMAN Remo. *Teoría del Conflicto. Hacia un nuevo Paradigma*. Ed. Gedisa. España. 2002.
- FILLEY, Alan C., *Solución de conflictos interpersonales. Teoría y práctica organizacional*, México, Trillas, 1991.
- GOLDSTEIN, A.P. y KELLER, K., *El comportamiento agresivo. Evaluación e intervención*, Bilbao, Desclee de Brouwer, S.A., 1991.
- GOLOMBOK, Susana. *Modelos de familia ¿qué es lo que de verdad cuenta?* Trad. Marc Jiménez. Ed. Graó. España. 2006.
- GORJÓN Gómez, Francisco J., y SÁENZ López, Karla A., *Métodos Alternos de Solución de Controversias. Enfoque educativo por competencias*, 2003.
- KRISBERG, Louis, *Sociología de los Conflictos Sociales*, México, Editorial Trillas, 2005.
- LORENZO Cadarso, Pedro Luis, "Principales teorías sobre el conflicto social", *Norba. Revista de historia*, Cáceres-España, 2001, núm. 15.
- MARTÍNEZ Munguía, Beatriz. *Mediación y Resolución de Conflicto*. Ed. Paidós. México. 1999.
- ORTEMBERG, Osvaldo D. *Mediación Familiar. Aspectos jurídicos y prácticos*, Buenos Aires, Argentina. Biblos. 1996.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *concepto de "fenómeno"*, Aceptión de Immanuel Kant.
- REDORTA, Josep. *Como analizar los Conflictos*. Ed. Paidós. España. 1992.
- ROBBINS, Stephen P., *Comportamiento organizacional. Conceptos, controversias y aplicaciones*, 6ª ed., México, Edit. Prentice Hall, cap. XIII, 1994.

- TERRÉN, Eduardo. *Razas en conflicto: Perspectivas sociológicas*. Ed. Anthopos. Barcelona. España. 2002.
- URQUIDI, Juan Enrique. *Mediación, Solución a Conflictos sin Litigio*. Centro de resolución de conflictos. México. 1999.
- VELAZCO, Alva Félix. *Entendiendo a la Pareja*. Ed. Pax México. AGUILUZ, Luz de Lourdes(compiladora).2007.

SERGIO ALEJANDRO QUIROGA CHAPA
Facultad de derecho y criminología
Universidad Autónoma de Nuevo León
sergio.quirogach@uanl.edu.mx



Doi: <https://doi.org/10.17398/2695-7728.39.359>

LÍMITE TEMPORAL DE DATOS PERSONALES EN SISTEMAS DE INFORMACIÓN CREDITICIA

TEMPORARY LIMIT OF PERSONAL DATA IN CREDIT INFORMATION SYSTEMS

PEDRO RÓDENAS CORTÉS¹

Universidad de Extremadura

Recibido: 01/11/2023

Aceptado: 03/12/2023

RESUMEN

El presente trabajo tiene por finalidad analizar el límite máximo de permanencia temporal de datos personales en sistemas de información crediticia. En la actualidad, los datos de carácter personal no podrán superar el plazo de cinco años dentro de ficheros automatizados desde que se produjo el vencimiento de la obligación dineraria. Su regulación actual viene determinada por ley orgánica al encontrarse protegida por los derechos constitucionales del art. 18 CE, apartados 1 y 4. También, de forma concisa, se analiza la inclusión de los denominados saldos cero.

Palabras clave: sistema información crediticia, datos personales, derecho al olvido, plazo máximo permanencia, saldos cero.

¹ Profesor Doctor del área de Derecho Civil, de la Facultad de Derecho (Cáceres), Universidad de Extremadura (España).

ABSTRACT

The purpose of this work is to analyze the maximum limit of temporary permanence of personal data in credit information systems. Currently, personal data may not exceed a period of five years within automated files from when the monetary obligation expires. Its current regulation is determined by organic law as it is protected by the constitutional rights of art. 18 CE, sections 1 and 4. Also, in a concise manner, the inclusion of so-called zero balances is analyzed.

Keywords: credit information system, personal data, right to be forgotten, maximum permanence period, zero balances.

Sumario: 1. Introducción. 2. Antecedentes legislativos. 3. Regulación actual: plazo máximo de cinco años. 4. Requisitos básicos: exactitud y veracidad. 5. La postura jurisprudencial sobre los saldos cero. 6. Breves conclusiones. 7. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

La limitación de datos personales viene impuesta como requisito legal, en el art. 20.1.d) de la ley orgánica 3/2018, de protección de datos personales y garantías de derechos digitales (en adelante, LO 3/2018), teniendo como finalidad no perpetuar la inclusión de esos datos en este tipo de ficheros, mientras persista el incumplimiento, estableciendo el plazo máximo de cinco años desde la fecha de vencimiento de la obligación dineraria, financiera o de crédito.

En tal sentido, debemos tener presente que la utilización de datos personales deberá ser adecuados, pertinentes y limitados a lo estrictamente necesario relacionado con los fines para los cuales son tratados debiendo regir el principio de minimización de los datos².

Los gestores de los ficheros de datos personales relativos a deudas dinerarias, crediticias o financieras deberán suprimir e interrumpir el tratamiento de

² STS 1519/2020, de 12-11-2020, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, ECLI: ES:TS:2020:3870, sobre la exactitud y certeza de la deuda para determinar la pertinencia de la inclusión en los citados ficheros.

los mismos una vez que hubieran transcurrido cinco años desde el propio vencimiento de la obligación o del plazo concreto si aquella fuera de vencimiento periódico, excepto que se apliquen los supuestos previstos en el art. 17.3 Reglamento 2016/679, en cuyo caso el gestor encargado del sistema no tendría obligación alguna de eliminarlos del sistema de información crediticia³, por cuanto los apartados 1 y 2 no se aplicarán cuando el tratamiento sea necesario para, entre otros casos, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información; el cumplimiento de una obligación legal que requiera el tratamiento de datos impuesta por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento, o para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable; por razones de interés público en el ámbito de la salud pública de conformidad con el artículo 9, apartado 2, letras h) e i), y apartado 3; con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, en la medida en que el derecho indicado en el apartado 1 pudiera hacer imposible u obstaculizar gravemente el logro de los objetivos de dicho tratamiento y, por último, para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.

La misma consecuencia deberá operar en los casos de pago o cumplimiento de la deuda, cuyo efecto principal será el de la retirada y cancelación de cualquier dato relativo a la misma salvo que, según el art. 17.3 Reglamento 2016/679 fuese de aplicación de igual forma que en el caso precedente.

El propio reglamento citado, en su Considerando 65, prevé un derecho al olvido de los datos personales de los afectados si tales datos infringen la normativa vigente, de tal manera que lo configura como el derecho de los particulares e interesados a que sus datos personales sean suprimidos o dejen de tratarse si hubieren perdido la finalidad para la que fueron recogido o tratados en cuyo caso el gestor encargado del sistema no tendría obligación alguna de eliminarlos del sistema de información crediticia. Esta premisa deberá ser contemplada con una serie de excepciones cual son la de retener posteriormente los datos, por el encargado del fichero, siendo lícita cuando sea necesaria para el ejercicio de la “libertad de expresión e información”, para el cumplimiento de una “obligación

³ El art. 17 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), prevé la inaplicación de los apartados 1 y 2, en caso de necesidad del tratamiento cuya prevalencia determina su apartado 3.

legal”, para el cumplimiento de una misión realizada en “interés público” o en el “ejercicio de poderes públicos” conferidos al responsable del tratamiento, por razones de interés público en el ámbito de la “salud pública”, con fines de archivo en “interés público”, fines de “investigación científica o histórica o fines estadísticos”, o para la formulación, el “ejercicio o la defensa de reclamaciones”.

La finalidad perseguida es la de otorgar mayor autoridad este derecho al olvido se configura otro derecho, el de supresión, que deberá ampliarse de tal forma que el responsable del tratamiento que haya hecho públicos datos personales esté obligado a indicar a los responsables que estén tratando los datos de carácter personal del afectado erradiquen cualesquiera enlaces, copias o réplicas alusivas a esos datos. Consecuentemente, el responsable del fichero tiene la obligación de realizar cuantas acciones o medidas sean necesarias y razonables para, teniendo en cuenta la tecnología y los medios a su disposición, trasladar la correspondiente información sobre la solicitud del interesado a los a los responsables que estén tratando los datos personales⁴, con la redacción otorgada por el Considerando 66 del Reglamento 2016/679, viene a reforzar el “derecho al olvido” en el entorno en línea, el derecho de supresión debe ampliarse de tal forma que el responsable del tratamiento que haya hecho públicos datos personales esté obligado a indicar a los responsables del tratamiento que estén tratando tales datos personales que supriman todo enlace a ellos, o las copias o réplicas de tales datos.

2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Con la anterior legislación ya derogada, en nuestro país, la referencia a la Instrucción 1/1995 AEPD, en su norma tercera, dispuso sobre el cómputo de los plazos de seis años estableciendo, en el art. 28.3 LO 5/1992, lo siguiente: «el cómputo del plazo a que se refiere el artículo 28.3 de la Ley Orgánica se iniciará a partir del momento de la inclusión del dato personal desfavorable en el fichero y, en todo caso, desde el cuarto mes, contado a partir del vencimiento de la obligación incumplida o del plazo en concreto de la misma si fuera de cumplimiento periódico»⁵.

⁴ Al proceder así, dicho responsable debe tomar medidas razonables, teniendo en cuenta la tecnología y los medios a su disposición, incluidas las medidas técnicas, para informar de la solicitud del interesado a los responsables que estén tratando los datos personales.

⁵ Sobre la Prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito, el art. 28.3

El plazo de permanencia en este tipo de ficheros se mantuvo en los seis años, con la regulación posterior ubicándola en el art. 29.4 LO 15/1999, como límite temporal máximo para poder enjuiciar la solvencia económica del deudor⁶.

La finalidad del establecimiento de un límite temporal, cuando los datos sean referidos a la inclusión de ficheros negativos, trata de perseguir la erradicación de su permanencia con un carácter indefinido porque sólo servirá el fichero para el ofrecimiento de información sobre el reciente historial de la capacidad económica del deudor abarcando sólo a ese período determinado de tiempo. Como establecía la SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29 de noviembre de 2004, respecto de la prohibición del carácter indefinido del contenido de este tipo de datos:

«El acceso y permanencia en los ficheros de titularidad privada que se refieren a la solvencia patrimonial del afectado, conteniendo datos adversos, no puede tener un carácter indefinido, proporcionándonos un perfil sobre la vida y evolución de su solvencia a través de los años, sino que el legislador haya pretendido que la finalidad a la que sirve el fichero se cumple informando solamente sobre la reciente historia de la solvencia patrimonial del afectado estableciendo que ese reflejo histórico no supere los seis años»⁷.

El objetivo de establecer un límite temporal en cuanto la inclusión y tratamiento de los datos en ficheros de solvencia crediticia, sin ningún género de dudas, es la protección de los derechos del afectado con el transcurso del tiempo. Por lo tanto, la inclusión de una persona en el registro de morosos es un hecho de gran trascendencia de la que pueden derivar consecuencias muy negativas para el afectado, en su vida profesional, comercial e, incluso, personal, que no es necesario detallar. En razón a ello, ha de extremarse la diligencia para que los datos sobre solvencia económica no puedan perpetuarse en esos

de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal establecía que: “Sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los afectados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años”.

⁶ El art. 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, regulaba la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito, estableciendo el plazo de 6 años para enjuiciar la solvencia económica del deudor: “4. Sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años, siempre que respondan con veracidad a la situación actual de aquéllos”.

⁷ Sentencia de la Audiencia Nacional, de 8 de junio de 2001, de la Sala de lo Contencioso Madrid, núm. de recurso 763/1999, ECLI:ES:AN:2001:3705, donde articula que la permanencia indefinida de los datos en esos registros no puede acarrear consecuencias negativas para los deudores, máxime cuando han saldado sus deudas.

registros, en perjuicio de los derechos de los afectados, en contra de lo establecido en la Ley⁸.

Este criterio de la Audiencia Nacional ha sido mantenido a lo largo de los años para mantener una postura jurisprudencial unánime al respecto, indicando que solo se podrían registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados y que no se refieran, cuando sean adversos, a plazos superiores de seis años siempre que, conforme a los criterios del art. 29.4 LO 15/1999, respondan con el principio de veracidad de los datos a la situación actual de los deudores, y la consecuencia que el legislador anuda al incumplimiento de este plazo fue tipificada en el art. 44.3.f) de la citada ley como infracción grave⁹.

Como decíamos del criterio de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, su interpretación sobre el plazo máximo sobre los datos que reflejan una situación de insolvencia o morosidad nunca debiera superar ese tiempo siempre que respondan a datos de índole negativa. Paradigmática de esta postura es la SAN, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29 de septiembre de 2011, determinando la importancia capital del límite temporal cuando los datos reflejen una situación de solvencia o morosidad, cuyo contenido por ilustrativo es transcrito:

«Y como ya hemos declarado interpretando este mismo precepto que ahora nos ocupa, no cabe equiparar la limitación temporal del artículo 29.4 de la L.O. 15/1999 con un plazo como el de prescripción cuyo cómputo se interrumpiría -para volver a contar luego desde el inicio- cada vez que se produjese una actualización de los datos registrados. Lo que la norma determina es, sencillamente, que el registro de datos del tipo de los mencionados no se proyecte o retrotraiga en el tiempo más allá del límite que la propia norma establece, en el bien entendido de que dicho límite (seis años) es un valor neto cuyo cómputo no es susceptible de interrupciones o periodos de carencia»¹⁰.

⁸ Sentencia de la Audiencia Nacional, de 8 de junio de 2001, de la Sala de lo Contencioso Madrid, núm. de recurso 763/1999, ECLI:ES:AN:2001:3705, donde articula que la permanencia indefinida de los datos en esos registros no puede acarrear consecuencias negativas para los deudores, máxime cuando han saldado sus deudas.

⁹ El art. 44 LO 15/1999, tipificaba las infracciones de los encargados de los tratamientos y de los responsables de los ficheros, estableciendo en el apartado 3, la relación de infracciones graves: “f) Mantener datos de carácter personal inexactos o no efectuar las rectificaciones o cancelaciones de los mismos que legalmente procedan cuando resulten afectados los derechos de las personas que la presente Ley ampara”.

¹⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional, de 29 de septiembre de 2011, de la Sala de lo Contencioso

El acceso y permanencia en los ficheros de titularidad privada que se refieren a la solvencia patrimonial del afectado, conteniendo datos adversos, no puede tener un carácter indefinido, cuya finalidad sea las de proporcionar un perfil sobre la vida y evolución de dicha solvencia a través de los años, la pretensión del legislador fue la de otorgar información sobre la reciente historia de la solvencia patrimonial del afectado, estableciendo que ese reflejo histórico no puede superar los cinco años (antes seis). Así, continua la citada Sentencia donde deben centrarse los términos del cómputo de ese límite temporal y constituir el objeto procesal de discusión:

«El referido artículo 29.4 de la Ley Orgánica 15/1999 no explicita una fórmula para el cómputo del plazo, por lo que debemos acudir a la Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, de la Agencia de Protección de Datos, relativa a prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito, que dispone en su norma tercera que dicho cómputo se iniciará a partir del momento de la inclusión del dato personal desfavorable en el fichero y, en todo caso, desde el cuarto mes, contado a partir del vencimiento de la obligación incumplida o del plazo en concreto de la misma si fuera de cumplimiento periódico».

Para algunos autores, según la opinión de Jiménez Rius¹¹, el plazo normativo de permanencia máxima obedece a la estricta aplicación para los ficheros de solvencia patrimonial y excluye a los relacionados con el cumplimiento o incumplimiento de obligaciones económicas. En nuestra opinión, discrepamos con esta visión restrictiva de ficheros haciéndola extensible a cualquier tipo de ficheros siempre que los datos versen sobre deudas dinerarias, crediticias o financieras.

Otros autores consideran que el período de permanencia tiene un carácter imperativo. De tal manera, que incluso los datos no podrán estar por más tiempo, aunque para ello exista consentimiento del titular¹², cuestión esta que resulta ciertamente paradójica. El exponente más definitorio para aclarar esta postura contradictoria son las SAN donde resuelven la finalidad del período temporal establecido por la norma, con una interpretación del derogado art. 29.4 LO

Madrid, número de recurso 311/2010, ECLI:ES:AN:2011:4275, establece que el cómputo del plazo máximo de permanencia de los datos en un fichero no admite interrupciones.

¹¹ JIMÉNEZ RIUS, P., "Antecedentes legislativos de la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales", *Revista Actualidad Administrativa*, número 26, 2001, página 244.

¹² PALOMAR OLMEDA, A., "Los derechos personales en el ámbito de la protección de datos", *Revista española de protección de datos*, número 2, editorial Aranzadi, junio 2007, página 25.

15/1999, el art. 28.3 de la también derogada LO 5/1992 y la Instrucción 5/1992 AEPD, disponiendo que:

«Que el periodo de tiempo de seis años no se refiere a un periodo de permanencia de los datos en el fichero, sino a que los datos adversos no puedan hacer referencia, como ya hemos señalado en el fundamento de derecho tercero anterior, a unos hechos que se remontan más allá de seis años. Se pretende que el fichero no recuerde hechos sucedidos hace más de seis años»¹³.

Por su parte, el desarrollo reglamentario del precepto tuvo al art. 38 RD 1720/2007, en cuanto al tratamiento de datos relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés, la regulación de los requisitos para la inclusión de los datos en los ficheros de carácter personal, a los efectos de enjuiciar la solvencia económica del afectado, previno el mismo plazo de seis (6) años como límite temporal máximo de permanencia en este tipo de ficheros¹⁴. Bien es cierto, que este límite temporal no obedecía a ningún motivo concreto, ni tenía base técnica alguna, llamando la atención que no se correspondiera con ningún otro plazo, como pudiera ser el de caducidad de la acción de reclamación de la deuda¹⁵, antes de la operativa reforma del Código Civil en el año 2015, respecto a los plazos de prescripción de las acciones¹⁶.

Esta falta de coordinación entre el antiguo plazo de seis años que podían los datos personales estar incluidos en el fichero, una vez transcurrido opera el derecho al olvido, y la regulación de la prescripción, cuya interrupción tiene como efecto principal el cómputo del plazo completo de nuevo, facilitaba la aplicación

¹³ Sentencia de la Audiencia Nacional, de 30 de enero de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, número de recurso 340/2006, ECLI:ES:AN:2008:330. En el mismo sentido se pronuncian las SSAN de 29 de septiembre de 2004 (rec. 1003/2002), 9 de noviembre de 2005 (rec. 852/2003) y 21 de diciembre de 2005 (rec. 352/2003), sobre la limitación temporal máxima de exposición de los datos en el correspondiente fichero.

¹⁴ El plazo para la permanencia en estos ficheros se determinó en el art. 38.1.b) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal Requisitos para la inclusión de los datos: "1. Sólo será posible la inclusión en estos ficheros de datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica del afectado, siempre que concurran los siguientes requisitos: (...) b) Que no hayan transcurrido seis años desde la fecha en que hubo de procederse al pago de la deuda o del vencimiento de la obligación o del plazo concreto si aquella fuera de vencimiento periódico".

¹⁵ LINARES GUTIÉRREZ, A., *El consumidor y los ficheros de morosos: análisis del artículo 29 de la ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal*, Córdoba, Centro de Ciencias Económicas y Empresariales, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2013, página 98.

¹⁶ Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su Disposición Final Primera realiza una modificación del Código Civil en materia de prescripción.

de esta normativa sobre protección de datos al órgano encargado de su supervisión y control cual es la Agencia Española de Protección de Datos.

La realidad tenía situaciones cuando menos incoherentes con la finalidad perseguida por la fijación de este límite máximo porque, en primer lugar, al fijarse el plazo de seis años desde el momento del vencimiento de la obligación podrían impedir el acceso a los registros de morosos de deudas que todavía no habían prescrito y bien pudieran reclamarse; en segundo lugar, no podría evitarse el acceso de deudas en las que el deudor pudiera oponer la excepción de prescripción, frente a la reclamación del acreedor, por alegación del plazo previsto de seis años, sino tan sólo mediante la acreditación fehaciente, según cualesquiera medios admitidos en Derecho, del instituto de la prescripción de la deuda y, por ende, que la misma no goza de certeza.

3. REGULACIÓN ACTUAL: PLAZO MÁXIMO DE 5 AÑOS

En la actualidad, la legislación nacional establece dicho plazo máximo de cinco años¹⁷ para la permanencia en los ficheros de solvencia patrimonial en el art. 20.1.d) LO 3/2018. Este plazo parece ser muy consecuente con el tratamiento negativo de los datos personales del deudor y, además, permitirá al acreedor ejercer todos sus derechos para la satisfacción de la deuda. No debe olvidarse que el límite temporal queda establecido para los ficheros de solvencia negativos, conteniendo datos adversos al afectado, no podrán dotársele de carácter indefinido por mandato legal y evitando la configuración de un perfil económico a través del paso de los años, sino que lo pretendido por el legislador es que el fichero cumpla su finalidad con el historial más reciente informado del deudor, sin poder ampliarse más allá del límite de cinco años. Coincidimos y nos parece acertadísima la opinión de Albuquerque Douettes, estableciendo que «no se puede permitir que una información de naturaleza negativa esté registrada ad perpetuum como si fuera una condena al afectado»¹⁸.

¹⁷ El art. 20.1.d) de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales determina el plazo de permanencia máximo de los datos de deudores en los ficheros de solvencia patrimonial: “Que los datos únicamente se mantengan en el sistema mientras persista el incumplimiento, con el límite máximo de cinco años desde la fecha de vencimiento de la obligación dineraria, financiera o de crédito”.

¹⁸ ALBURQUERQUE DOUETTES, L., *Estudio comparado del régimen jurídico de los ficheros de solvencia patrimonial y crédito en España, Italia y Brasil, Granada*, editorial Universidad de Granada, 2010, página 334.

Pudiera debatirse al respecto, si el plazo de cinco años pudiera considerarse adecuado para hacer valoraciones sobre la morosidad de los afectados máxime, teniendo en cuenta, que posiblemente las etapas de crisis económicas suelen prolongarse durante algún tiempo más de ese plazo, como opina Alonso Martínez para quien: «En la actualidad, el art. 20.1.d) in fine de la LO 3/2018 limita, como hemos puesto de manifiesto con anterioridad, al plazo máximo de cinco años. Cuestión que consideramos perjudicial para la evaluación de la solvencia por parte de las entidades consultantes, ya que se ha demostrado que los ciclos de morosidad duran, coincidiendo con las crisis económicas, más de cinco o seis años»¹⁹. Sin embargo, queda fuera de todas dudas la seguridad, para los intervinientes en el proceso de recopilación de datos negativos incluidos los deudores, de fijar un plazo acorde al nuevo régimen de prescripciones previsto en el Código Civil.

La fijación del plazo de cinco años, como límite temporal máximo durante el que pueden figurar los datos negativos y sin olvidar el principio general de calidad del dato, acarrea dos consecuencias primordiales como son la aplicación exclusiva a los datos negativos de solvencia y la expresión concreta del derecho al olvido²⁰, conforme a las previsiones del art. 17 Reglamento 2017/679, el interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concurra alguna de las circunstancias tales como que los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo; el interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento de conformidad con el artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), y este no se base en otro fundamento jurídico; el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 1, y no prevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento, o el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 2; los datos personales hayan sido tratados ilícitamente; los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal establecida en el Derecho de la Unión o de los Estados

¹⁹ ALONSO MARTÍNEZ, C., “Sistemas de información crediticia”, obra colectiva dirigida por Rallo Lombarte, A., *Tratado de Protección de Datos*, editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2019, página 780.

²⁰ El derecho de supresión o derecho al olvido se regula en el art. 17 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) y, más concretamente, el apartado primero establece las circunstancias para eliminar esos datos de los ficheros sin dilación alguna.

miembros que se aplique al responsable del tratamiento; los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información mencionados en el artículo 8, apartado 1.

La concreción del día a quo para determinar el momento del cómputo de este plazo ha sido objeto de indeterminaciones tanto legislativas, sólo debemos realizar un repaso a la normativa antes citada, como jurisprudencial, cuya polémica fue zanjada por la Audiencia Nacional al determinar que el cómputo del plazo se iniciaría desde el día del vencimiento de la obligación incumplida²¹, negando la posible aplicación de otras fechas como pudieran ser la de incorporación al propio fichero o la de actualización del sistema de información crediticia.

En idéntico sentido, la propia Audiencia Nacional confirmaba tales extremos sobre la sanción impuesta a una entidad bancaria por infracción grave del art. 29.4 LO 15/1999, al ser mantenido por un plazo superior al fijado en la norma, al respecto del inicio del cómputo del plazo tomando como antecedentes el art. 28.3 LO 5/1992 y la Instrucción 1/1995 AEPD, relativas a la prestación de servicios de información y crédito:

«Dicho computo se iniciará a partir del momento de la inclusión del dato personal desfavorable en el fichero y, en todo caso, desde el cuarto mes, contado a partir del vencimiento de la obligación incumplida o del plazo en concreto de la misma si fuera de cumplimiento periódico. Por tanto, el inicio del plazo comienza con el vencimiento de la obligación incumplida, centrándose ahora la cuestión en determinar cuándo se produce este vencimiento en el presente caso»²².

Con estas premisas, cabe sostener que, si se trata de una obligación de cumplimiento periódico, el incumplimiento de la misma determina la resolución anticipada del contrato y, por ello, quedará fijado el momento en que se produce el vencimiento de la obligación como el momento inicial para el

²¹ Sentencia de la Audiencia Nacional, de 2 de junio de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, núm. de recurso 548/2008, ECLI:ES:AN:2009:3703, establece a efectos de seguridad jurídica el día del vencimiento de la obligación como fecha inicial para el tiempo máximo de los datos en el fichero.

²² Sentencia de la Audiencia Nacional, de 14 de junio de 2002, Sala de lo Contencioso, Sección 1ª, núm. de recurso 1273/2000, ECLI:ES:AN:2002:3736, la Sala consideró que dicho plazo de antigüedad se había de contar desde el momento del vencimiento de la obligación incumplida, que en el presente caso ha de ser desde que existe una deuda líquida, vencible y requerida de pago, que se produce al resolverse el contrato de préstamo por impago de una de las cuotas y se aprueba la liquidación, iniciando el cómputo a partir, en todo caso, del cuarto mes (Norma 3ª de la Instrucción 1/1995 AEPD).

cómputo del plazo de la inclusión de los datos en el sistema de información crediticia.

Así, con la regulación anterior, fuese admitido que la redacción de los sucesivos preceptos, en concreto el art. 29.4 LO 15/1999, no hubiera sido demasiado afortunada, resultaba clarividente que lo pretendido era que si los datos para enjuiciar la solvencia del deudor fuesen negativos o adversos, al reflejar situaciones de morosidad, impagos o insolvencia, la publicación en un fichero de solvencia crediticia no debería abarcar nunca un periodo mayor de seis años, ahora cinco, cuando afecten a datos personales de capacidad económica del afectado. La Sala de lo contencioso-administrativo, de la Audiencia Nacional, estableció que:

«No cabe equiparar esta limitación temporal, (...) con una suerte de plazo como el de prescripción cuyo cómputo se interrumpiría para volver a contar luego desde el inicio- cada vez que se produjese una actualización de los datos registrados. Lo que la norma determina es, sencillamente, que el registro de datos del tipo de los mencionados no se proyecte o retrotraiga en el tiempo más allá del límite que la propia norma establece, en el bien entendido de que dicho límite (seis años) es un valor neto cuyo cómputo no es susceptible de interrupciones o períodos de carencia»²³.

Queda, de esta forma, zanjada la polémica sobre el momento del día inicial para el cómputo del plazo de los cinco años al concretarse en el momento de la fecha del vencimiento de la obligación, siempre que persista la situación de morosidad del deudor.

En definitiva, consecuencia directa de lo anterior, se ha previsto la erradicación de los denominados saldos cero por cumplimiento posterior del deudor a la propia inscripción en el registro de morosos donde sigue inscrito a pesar de haber cumplimentado su obligación de pago desvirtuado la finalidad del fichero cual es la de registrar datos sobre incumplimientos con dos requisitos esenciales: actualidad y realidad.

²³ Postura jurisprudencial mantenida de manera uniforme por la Audiencia Nacional y, en especial relevancia, en la Sentencia de 1 de junio de 2001, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1, ECLI:ES:AN:2001:3563, no cabe la equiparación del plazo determinado por la ley a un plazo prescriptivo que admitiese interrupción del mismo.

4. REQUISITOS BÁSICOS: EXACTITUD Y VERACIDAD

No obstante, podemos configurar otros dos requisitos básicos para prohibir que el antiguo deudor siga inscrito en el registro de morosos, una vez haya pagado la deuda contraria a los denominados saldos cero, sobre la situación actual del estado de solvencia de éste, cuales son: exactitud y veracidad.

La consecuencia directa de la satisfacción de la deuda por el deudor al acreedor es la cancelación, de forma inmediata, de todos los datos personales del deudor obrantes en los sistemas de información crediticia debiendo reiterar que, una vez el deudor satisface la deuda, el acreedor debe procurar de forma inmediata la cancelación de la incidencia en los sistemas de información crediticia²⁴. De aquí que se pueda afirmar, sin género de duda alguno, que el concepto de deuda cero es incompatible con el del moroso²⁵.

La memoria de la AEPD, del año 2000, expuso la incoación de varios procedimientos sancionadores derivados de la infracción del art. 29.4 LO 15/1999, en relación con el art. 4.3 del mismo texto legal, cuyos objetos estaban relacionados con el denominado saldo cero, «con el cual podían figurar, durante la vigencia de la derogada LO 5/1992, deudas en los ficheros de Solvencia Patrimonial y Crédito, una vez pagadas éstas y hasta el transcurso de los seis años preceptuados». Las resoluciones dictadas en el seno de esos procedimientos supusieron un cambio en el criterio de la Agencia Española de Protección de Datos sobre las situaciones de los deudores con saldo cero.

La situación de saldo cero era admitida al amparo de la LO 5/1992, como se ilustra en las citadas resoluciones, debido fundamentalmente a que la aplicación del principio de exactitud de datos para estos ficheros se regulaba mediante la aplicación del principio general de calidad de datos, contenido en el art. 4.3. de la referida ley, que dispone que los datos serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación real del afectado²⁶: «Una deuda

²⁴ En la Memoria de la AEPD, del año 2001, sobre el principio de calidad de los datos se afirmaba que la cancelación de los datos comprendía: “los datos de aquellos incumplimientos que hayan sido satisfechos por el deudor (anotaciones de saldo cero) son eliminados del fichero, a través de un proceso de prevalidación”.

²⁵ La AEPD, en su resolución de 22 de enero de 2001, viene a afirmar que, tras la promulgación de la (hoy derogada Ley Orgánica 15/1999) y la STC 292/2000, de 30 de noviembre, no es posible, una vez que se ha pagado la deuda, mantener información adversa sobre el hecho de haber sido deudor mediante las expresiones saldo cero o pagado podría conllevar a unos perjuicios de difícil reparación en su propia reputación personal o limitaciones en su capacidad económica.

²⁶ Memoria anual AEPD, 2021. Disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/memoria-aepd-2021.pdf>.

informada con saldo cero en un fichero de cumplimiento e incumplimiento de obligaciones dinerarias respondía a la situación real de haber sido deudor y haber dejado de serlo».

El legislador realizó una modificación sustancial, con la aprobación de la LO 15/1999, exigiendo que los datos respondiesen a una situación de actualidad con el requisito de la veracidad, como antes se expuso, en su art. 4.3. En concreto, para los ficheros de solvencia patrimonial fue prohibida la inclusión y, por supuesto, el mantenimiento de una persona con deudas ya pagadas tampoco fue permitido la inscripción de sus datos con saldo impagado nulo o cero, conforme dispuso en el art. 29.4 LO 15/1999, relacionado con el art. 28.3 LO 5/1992. Así se eliminó, sin atisbo a cuestionamiento alguno, que una persona figurase en un fichero de solvencia crediticia con deudas inexistentes porque habían sido abonadas, ni permitía la publicación de los datos con la denominación de saldo impagado nulo o cero, al estar reconociendo implícitamente como deudor a alguien que dejó de serlo y, en consecuencia, no estaría reflejada la situación solvente real del afectado en el registro de datos negativos.

La Agencia Española de Protección de Datos explica en las resoluciones dictadas a este respecto no puede olvidarse que la información sobre el saldo cero en un fichero relativo al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias es un dato adverso y no un dato neutral, puesto que esa consideración adversa es la que acredita la práctica de las entidades consultantes de dichos ficheros. Por lo tanto, si el deudor cumplió debía excluirse del fichero mediante la cancelación de sus datos, cuyo cambio de criterio fue reflejado dicha Memoria:

«Así, el legislador ha venido a corregir una situación que, bajo la vigencia de la LORTAD, producía graves quebrantos a los ciudadanos, y en la que éstos, después de pagar sus deudas, se veían condenados a permanecer en el fichero de morosos, aunque con saldo cero, por un tiempo máximo de 6 años. Además, refuerza el criterio restrictivo de que, respecto de las limitaciones al contenido esencial de un derecho fundamental, han establecido las sentencias del Tribunal Constitucional y, específicamente sobre el derecho a la protección de datos, la STC 292/2000, de 30 de noviembre»²⁷.

²⁷ Resoluciones de la AEPD, de 22 de enero de 2001 y 19 de febrero de 2001.

Algunos autores, como Alonso Martínez y Cerqueira Sánchez, sostienen que para permitir un mejor y más fiable análisis de los deudores respecto de sus operaciones futuras sería interesante, como supuesto de fiabilidad, dejar constancia del saldo cero en los registros de solvencia para facilitar dichos datos a los acreedores potenciales²⁸, según los cuales: “si la información de que una deuda ha sido pagada es un dato exacto y, además, sigue cumpliendo con la finalidad de valorar la solvencia del interesado, debe permanecer”.

De lo que no puede surgir debate es si la deuda existe o no existe. Si tenemos en cuenta que no existe, no hay deuda y, por lo tanto, si no hay deuda no existe un soporte legal donde fundamentar la inscripción de los datos de una persona, calificada como morosa, que lo fue en el pasado, pero en la actualidad ya no tiene tal consideración. No cabe admitir que, por el mero hecho de dejar de ser deudor, una persona siga teniendo la consideración presente como tal y no podrá admitirse su inclusión en ningún registro con referencias desfavorables hacia su estigma social y financiero, cuya situación sería aceptada de permitirse la denominación de saldo cero o pagada reveladora de una situación pretérita.

5. LA POSTURA JURISPRUDENCIAL SOBRE SALDOS CERO

La jurisprudencia de la Audiencia Nacional ha mantenido tales criterios manteniendo que los datos deberán ser veraces correspondiendo con la situación actualizada de los mismos, cuyo fundamento fue el art. 29.4 LO 15/1999 estableciendo que sólo se podían registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años, siempre que respondan con veracidad a la situación actualizada de aquellos. Dicho precepto introdujo una modificación en la regulación anterior que no contuvo la expresión “siempre que respondan con veracidad a la situación actual de aquellos”, lo que planteaba el problema jurídico de si la mencionada expresión impedía la anotación del llamado saldo cero que hasta ahora se realizaba con el límite de los seis años.

²⁸ ALONSO MARTÍNEZ, C., y CERQUEREIRA SÁNCHEZ, M., “Ficheros de solvencia patrimonial y crédito”, en *Reglamento general de protección de datos: un nuevo modelo europeo de protección de datos*, Piñar Mañas, J.L., (Dir.), Reus, 2016, página 663.

Bien es cierto que, como ya hemos dejado aclarado, con anterioridad a la reforma la LO 5/1992 estableció en su art 4.3 que los datos del fichero debieran ser exactos y puestos al día de forma que respondiesen con veracidad a la situación real del afectado. Norma que, en relación con los ficheros de solvencia patrimonial y crédito, debía complementarse con los establecido en el art 28.3 conforme al cual sólo se podrían registrar y ceder datos de carácter personal que fuesen determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los afectados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años. Con arreglo a dicha normativa se venía entendiendo que la anotación del llamado saldo cero se encontraba dentro de los márgenes establecidos por la ley, siempre que no se superasen el límite de los seis años, por considerarse que el dato era determinante para enjuiciar la solvencia económica del afectado y respondiese a la situación real del afectado.

Ratificadora y pionera del cambio legislativo de la prohibición del mantenimiento de datos personales con saldos cero fue la SAN, de 10 de mayo de 2002, justificando que la constancia del dato personal saldo cero no es un reflejo veraz de la situación actual del afectado, puesto que el denunciante no tenía saldo alguno al haberse cancelado la deuda, por lo que:

«La única razón que explica la permanencia del dato en un fichero de solvencia patrimonial, cuando la deuda ha sido cancelada, es informar sobre la morosidad reciente, pero pasada, del afectado, lo que no se conjuga con la previsión del artículo 4.3 de tanta cita que impone que se refleje la situación actual del afectado, es decir, su solvencia en la actualidad»²⁹.

Este cambio legislativo evidenció la única finalidad que tiene el mantenimiento en un registro de solvencia patrimonial, a instancias de la entidad informante y ahora recurrente, de los datos de quien no tiene deudas, con el término saldo cero, es informar de su morosidad anterior, recordar sus deudas pasadas, lo que resulta incompatible con la situación actual del afectado.

Ahora bien, tras la reforma realizada por la LO 15/1995 la expresión situación real fue sustituida, tanto en el art 4.3 como en el art 29.4, por la expresión situación actual. En este punto, el planteamiento de la cuestión era si esa expresión novedosa permitía el mantenimiento de la anotación llamada saldo cero.

²⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional, de 10 de mayo de 2002, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, núm. de recurso 656/2001, ECLI:ES:AN:2002:2893.

Tal situación fue corregida y aclarada en la paradigmática SAN, de 31 de mayo de 2002, al respecto:

«Conforme a la nueva regulación el dato debe ser veraz y actual, lo que no ocurre en los supuestos de anotación del saldo cero pues el dato alude al pasado como deudor del afectado, y no a su estado actual en el que la deuda ha sido cancelada, que está equiparado al de otros que no estuvieron nunca incluidos en un fichero de esta naturaleza»³⁰.

La anotación del denominado saldo cero es una forma indirecta de informar sobre la condición de deudor en el pasado del afectado, pese a que este en la actualidad no tiene tal condición, permitiendo la construcción de un perfil sobre uno de los aspectos de la persona. Pues no cabe duda de que el dato saldo cero supone el conocimiento por quien consulta de que el afectado, en su día, fue deudor, lo que supone una calificación social del individuo que redunda en sus relaciones sociales en forma negativa.

El criterio unánime mantenido por las resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos y las SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, dictaminan la imposibilidad, toda vez que haya sido abonada la deuda por el deudor, mantener los datos personales del afectado en el fichero de solvencia crediticia con expresiones tales como saldo cero o pagado siendo, como veremos más adelante en el presente trabajo, susceptibles de indemnización por intromisión ilegítima en el derecho al honor. Además, constituye un atentado contra el honor susceptible de indemnización, tal y como refiere, entre otras muchas, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 20 de enero de 1999, sobre el mantenimiento de una persona en un fichero de morosos con saldo cero abordando la cuestión sobre una afirmación categórica sobre el mantenimiento de una persona en un fichero común de morosos, una vez satisfecha la deuda, constituye un atentado al honor susceptible de indemnización. Esta resolución ponderaba la aparente incompatibilidad entre el mantenimiento de los datos por razones de salvaguarda del tráfico jurídico del artículo 28 LO 5/1992 (artículo 29.4 de la Ley Orgánica 15/1999), y el derecho a la privacidad de los que, habiendo sido deudores, han dejado de serlo. El Tribunal se inclina por este derecho a la privacidad señalando en su considerando tercero:

³⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional, de 31 de mayo de 2002, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, núm. de recurso 602/2001, ECLI:ES:AN:2002:3381, los requisitos de veracidad y actualidad son configurados como esenciales para el mantenimiento de la deuda en el fichero, cuestión que no concurre en los denominados saldos cero porque la deuda ya fue saldada.

«(...) la constatación de datos adversos de carácter personal y su cesión durante un máximo de seis años exigirán su exactitud y veracidad, perdiendo su fundamento si no se procede a una puesta al día del fichero, y el interesado sigue apareciendo en el mismo (en este caso un fichero de solvencia), cuando ya ha dejado de existirle supuesto al que se refería y que justificaba su inclusión en ese registro de solvencia»³¹.

Por lo tanto, queda fuera del ámbito significativo legal que ésta ampare una relación de deudores o, mejor expresado, que en su momento lo fueran y ya carezcan de ese calificativo en el instante de recapitular los datos del registro suponiendo, por tanto, una calificación social del individuo que se extendería en el tiempo en clara vulneración de su dignidad.

Esta tendencia tuvo su continuidad en la promulgación normativa del RD 1720/2007 (ex art. 41.2), donde plasmó todo lo anteriormente detallado respecto al objeto del tratamiento de datos correspondientes al deudor siempre y cuando sean veraces en cada momento concreto, complementada por la disposición de ordenar la cancelación inmediata de todo dato una vez realizado el pago o cumplimiento de la deuda³².

6. BREVES CONCLUSIONES

Remitiéndose al inicio de este apartado y todo lo comentado sobre el derecho al olvido, debemos de concluir indicando que la legislación actual remite al art. 17.1 Reglamento 2016/679, en relación al derecho al olvido ³³ y, su

³¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 20 de enero de 1999, Sección 19^a, número de resolución 30/1999, ECLI:ES:APM:1999:629, donde fundamenta que el fichero deberá ponerse al día y el deudor sigue apareciendo en el mismo, una vez abonada la deuda, dejando de existir la justificación que legitimaba la publicación de sus datos.

³² Así lo expresaba literalmente el art. 41.1 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, sobre la conservación de los datos: "Sólo podrán ser objeto de tratamiento los datos que respondan con veracidad a la situación de la deuda en cada momento concreto. El pago o cumplimiento de la deuda determinará la cancelación inmediata de todo dato relativo a la misma".

³³ El derecho al olvido está previsto en el art. 17 del Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), en concreto su apartado primero, letra a), plasma que: "1. El interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron

trasposición normativa en el sistema normativo estatal trasladada al art. 20.1.d) LO 3/2018, sobre el mantenimiento de los datos en los ficheros de morosos únicamente mientras persista su incumplimiento, cuya línea argumental y expositiva hacen, en mi opinión, que los deudores cuyas deudas hayan sido satisfechas después de ser inscritos en cualquier fichero común de datos sobre solvencia económica, supuesto más habitual de los saldo cero, deberán ser cancelados ipso facto todos los datos personales obrantes en dicho archivo sin el menor resquicio de haber evolucionado definitivamente de la tendencia mantenida en hace tres décadas³⁴.

Por último, indicar que el plazo de cinco años previsto en el citado art. 20.1.d) LO 3/2018 encuentra más acomodo y coherencia legal con el establecido para la prescripción de las acciones para reclamar cualquier deuda de carácter personal, según la previsión legal del art. 1964.2 CC, que no tengan plazo especial fijado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alburquerque Douettes, Ludmila, *Estudio comparado del régimen jurídico de los ficheros de solvencia patrimonial y crédito en España, Italia y Brasil*, Granada, editorial Universidad de Granada, 2010.
- Alonso Martínez, Carlos, “Sistemas de información crediticia”, obra colectiva dirigida por Rallo Lombarte, Artemi., *Tratado de Protección de Datos*, editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2019.
- Alonso Martínez, Carlos, y Cerquereira Sánchez, Manuel, “Ficheros de solvencia patrimonial y crédito”, en *Reglamento general de protección de datos: un nuevo modelo europeo de protección de datos*, Piñar Mañas, J.L., (Dir.), Reus, 2016.
- Jiménez Rius, Pilar, “Antecedentes legislativos de la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales”, *Revista Actualidad Administrativa*, número 26, 2001.
- Linares Gutiérrez, Antonio, *El consumidor y los ficheros de morosos: análisis del artículo 29 de la ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal*, Córdoba, Centro de Ciencias Económicas y Empresariales, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2013.

recogidos o tratados de otro modo”.

³⁴ La Sentencia de la Audiencia Nacional, de 4 de noviembre de 2014, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, número de recurso 76/2014, ECLI:ES:AN:2014:4426, vino a reiterar la prohibición del mantenimiento de la deuda en el fichero de morosidad una vez que la misma ha sido saldada o ejecutada y embargados los bienes del deudor.

Palomar Olmeda, Alberto, “Los derechos personales en el ámbito de la protección de datos”,
Revista española de protección de datos, número 2, editorial Aranzadi, junio 2007.

PEDRO RÓDENAS CORTÉS
Área de Derecho Civil
Departamento de Derecho Privado
Facultad de Derecho
Universidad de Extremadura
rodenas@unex.es
Orcid: 0000-0001-7032-8077

JURISPRUDENCIA



Doi: <https://doi.org/10.17398/2695-7728.39.381>

SELECCIÓN Y COMENTARIO DE RESOLUCIONES DEL ORDEN
JURISDICCIONAL PENAL. AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁCERES.
AÑO 2023

*SELECTION AND COMMENTARY OF RESOLUTIONS OF THE
CRIMINAL JURISDICTIONAL ORDER. PROVINCIAL COURT OF
CÁCERES. YEAR 2023*

JOAQUÍN GONZÁLEZ CASSO¹

Audiencia Provincial de Cáceres

SENTENCIA AP CÁCERES, SECCIÓN 2^a, NÚM. 44/2023, de fecha 6 de marzo de 2023. PROCEDIMIENTO ABREVIADO 5/2023 (ROJ: SAP CC 128/2023 - ECLI:ES:APCC:2023:128)

Robo con fuerza en el hotel restaurante Atrio de Cáceres. Reconocimiento “de visu”. Artículo 365.2 de la LECr. Cadena de custodia. Impugnación de documentos. Especial gravedad. Datos BTS.

Se trata del delito de robo con fuerza en las cosas en el hotel restaurante Atrio de gran repercusión nacional e internacional. Especial gravedad de la sustracción al tratarse del robo de 46 botellas de vino valoradas en carta en 1.648.500 euros, una de las cuales tenía un valor de 350.000 euros y más de 200

¹ Presidente de la Audiencia Provincial de Cáceres. Magistrado Especialista del orden jurisdiccional penal. Miembro electo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Profesor de cursos nacionales e internacionales y del Máster de la Abogacía y la Procura de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura. Es autor de diversas monografías y de múltiples publicaciones jurídicas en revistas especializadas.

años. Se examina el problema que plantea la existencia de alegaciones que se realizan en el informe final por la defensa sin posibilidad de contradicción por las partes acusadoras. Se estudia el reconocimiento de los autores del delito en el acto de la vista sin previa rueda de reconocimiento. Impugnación de la cadena de custodia, cuestión que queda a la libre valoración del Tribunal. Valor del atestado policial donde se contienen los datos BTS de las comunicaciones a través de teléfonos móviles. Se examina también la negativa de los acusados a declarar en el juicio y la doctrina sobre el particular del TEDH y el Tribunal Constitucional. La prueba de ADN y la prueba de indicios.

AUTO AP CÁCERES, SECCIÓN 2ª, NÚM. 733/2023, de fecha 3 de noviembre de 2023. ROLLO 826/2023

Prescripción del delito de falsedad en documentos privado del art. 395 Código Penal. Consumación del delito. Su posterior aportación a un proceso judicial entra en la fase de agotamiento.

Se trata de la falsificación de un contrato de arrendamiento que con posterioridad es aportado a un proceso civil. Si el falsificador luego lo usa y con ello materializa el perjuicio buscado realizando tras la consumación lo que ya estaba comprendido en el dolo del tipo de falsedad, no comete un nuevo delito de uso de documento falso, al que se equipara, como forma específica del uso, su presentación en juicio, sino que desarrolla con su conducta el simple agotamiento del delito de falsedad anteriormente consumado.

AUTO AP CÁCERES, SECCIÓN 2ª, NÚM. 737/2023 de fecha 6 de noviembre de 2023, ROLLO 761/2023

Incendio por imprudencia del art. 358 del CP en relación con el art. 352, párrafo 1º del CP. Quema de restos forestales. Sobreseimiento.

Se recurre el auto de proceso penal abreviado por el que se acuerda continuar el proceso frente a dos personas por la quema de restos forestales que contaba con la correspondiente comunicación responsable y en época en la que estaba permitida la actividad y que al abandonar el lugar del hecho sin comprobar que no quedaban rescoldos terminó provocando un incendio que afectó a algo más de una hectárea. Concepto de monte a efectos penales. Concepto jurisprudencial de imprudencia grave y los distintos grados de culpa. En el caso, se considera que estamos en presencia de una conducta imprudente que no sobrepasa

el grado de leve o menos grave, por lo que procede acordar el sobreseimiento libre conforme al artículo 637 núm. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

SENTENCIA AP CÁCERES, SECCIÓN 2ª, NÚM. 151/2023, de fecha 3 de julio de 2023. ROLLO 393/2023 (ROJ: SAP CC 621/2023 - ECLI:ES:APCC:2023:621)

Delito contra la ordenación del territorio del art. 319 CP. Levantamiento de una valla de bloques de hormigón en una casa fuera de ordenación construida muchos años antes. Insignificancia. Absolución.

Se revoca la sentencia condenatoria del Juzgado de lo penal y se acuerda la libre absolución del acusado. Doctrina de la Audiencia sobre el delito contra la ordenación del territorio. El elemento normativo objetivo que conforma el delito contra la ordenación del territorio consiste en llevar a cabo una edificación no autorizable en suelo no urbanizable. Es decir, no vale cualquier obra de construcción, sino que ha de ser una obra de urbanización, construcción o edificación. En este caso, se trataba del levantamiento de un muro perimetral sobre una construcción realizada al menos 20 años antes en zona urbanísticamente consolidada, pero con nivel de protección. El alzamiento de un muro perimetral no puede ser calificado de obra de urbanización, construcción o edificación. Se aplica la doctrina del Tribunal Supremo que excluye lo que se denomina "excesos proporcionalmente reducidos o insignificantes". En virtud del principio de intervención mínima se revoca la sentencia y se acuerda la libre absolución del acusado.

SENTENCIA AP CÁCERES, SECCIÓN 2ª NÚM. 125/2023, de fecha 5 de junio de 2023. ROLLO 314/2023 (ROJ: SAP CC 494/2023 - ECLI:ES:APCC:2023:494)

Desobediencia grave a los agentes de la autoridad del artículo 556 CP. Persona que se niega de forma reiterada a abandonar una sucursal bancaria a requerimiento de la Guardia Civil.

Se trata de una persona que pretendía hacer una gestión en un banco y que al indicarle los empleados que tenía que esperar para hacer la gestión, se niega a retirarse a un lugar de espera colapsando la oficina, motivo por lo que los empleados avisan, primero a la Policía Local y luego a la Guardia Civil, quienes después de intimarle en repetidas ocasiones para que se retirase y permitiese la

atención al resto de usuarios de la oficina, bajo apercibimiento de que, de otro modo, podría incurrir en un delito de desobediencia y, ante la recalcitrante y pertinaz renuencia del acusado a hacerlo, a pesar de la referida advertencia, no tuvieron más remedio que engrilletarle. Se estudia la jurisprudencia sobre el delito de desobediencia grave a los agentes de la autoridad, única conducta que es punible al ser atípica la desobediencia menos grave para concluir, de acuerdo con la jurisprudencia en que la apreciación de la gravedad de la desobediencia queda confiada al razonable arbitrio de los Tribunales en cada supuesto en concreto.

SENTENCIA AP CÁCERES, SECCIÓN 2ª, NÚM. 109/2023, de fecha 22 de mayo de 2023. ROLLO 288/2023 (ROJ: SAP CC 449/2023 - ECLI:ES:APCC:2023:449)

Quebrantamiento de pena o medida. Se produce la consumación no sólo cuando el autor se acerca a la persona protegida, sino también a algunos de los lugares que en la orden judicial se ha establecido, con independencia de que la víctima se encuentre o no en esos lugares.

En el caso el acusado tenía prohibido acercarse, entre otros lugares, al domicilio de la víctima a una distancia de 50 metros. El delito es apreciado por agentes de la Guardia Civil cuando el autor se acerca con su vehículo a 35 metros de domicilio de la víctima, sin que ésta se apercibiera del hecho. El delito de quebrantamiento de pena o medida cautelar tiene como bien jurídico protegido el respeto y cumplimiento de las resoluciones judiciales, por lo que si con un carácter objetivo se comprueba que el obligado a su cumplimiento se encuentra a una distancia inferior de la establecida en relación con un lugar concreto de los expresamente determinados en la resolución judicial, el delito estará consumado con independencia de que en ese lugar se encuentre dentro la persona objeto de protección, y aunque la víctima no se haya apercibido y enterado de esa presencia en ese momento y sí solo con posterioridad de la infracción de la prohibición de acercamiento impuesta al acusado. Cuantificación de la pena impuesta con fundamentos recogidos en la resolución de instancia, y principalmente, al constar la reincidencia del condenado, lo que permite considerarla como proporcional.

SENTENCIA AP CÁ CERES, SECCIÓN 2ª NÚM. 221/2023, de fecha 10 de octubre de 2023, PROCEDIMIENTO ABREVIADO 73/2022

Delitos de apropiación indebida y administración desleal. Delitos societarios de los artículos 292 y 293 del CP. Delito de falsedad documental. Partícipe a título gratuito.

Se trata de un plan urdido por algunos de los partícipes en una sociedad limitada en connivencia con el secretario no consejero para apropiarse en su propio beneficio del patrimonio social y descapitalizar la sociedad. Para ejecutar ese plan privaron a los socios no implicados de sus derechos sociales y económicos. Como consecuencia de la transmisión de unas participaciones de autocartera, los socios no implicados tenían la mayoría del capital, siendo para ello necesario privarles de su participación en las juntas. Se estudia el delito de apropiación indebida y el delito de administración desleal del artículo 295 del CP, integrado 252 del CP tras la reforma de 30 de marzo de 2015. La sentencia se decanta por aplicar el delito de apropiación indebida del artículo 253 del Código Penal. Se examina también los delitos de societarios de los artículos 292 -privación del derecho de voto- y 293 del CP -negación del derecho de información-, así como del delito de falsedad en documento mercantil. Problemas concursales. Problemas de participación. La cooperación necesaria y la complicidad. Existencia de un concurso ideal-medial. Penalidad. Estudio de la figura del partícipe a título gratuito del artículo 122 del Código Penal de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Impugnación de documentos en un proceso penal. Planteamiento de cuestiones prejudiciales civiles en el proceso penal.

AUTO AP CÁ CERES, SECCIÓN 2ª NÚM. 288/2023, de fecha 5 de mayo de 2023. ROLLO 183/2023 (ROJ: AAP CC 286/2023 - ECLI:ES:APCC:2023:286A)

Delito contra la seguridad en el trabajo. Relación de causalidad entre la falta de medios y el peligro grave para la vida, salud e integridad física. La conducta de "no facilitación" se interpreta como no proporcionar los medios necesarios, bien sea por no facilitación en absoluto o incompletos.

Accidente laboral con graves consecuencias ante la "ausencia de evaluación de los riesgos generados por la maquinaria facilitada por el empresario y que debía realizar el técnico de prevención, y omisión de las funciones de vigilancia preventivas propias del jefe de taller". En el caso, la conducta típica o contenido

de la omisión recogida en el delito contra la seguridad en el trabajo consiste en no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, lo que equivale también a una norma penal incompleta e indeterminada, que ha de llenarse según el caso y sus circunstancias. Delito de omisión impropia. Deber general de prevención, evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva, acondicionamiento de los lugares de trabajo, control periódico de la salud de los trabajadores, obligación de proporcionar información y formación, etc. El conjunto de deberes cuya infracción se considera delictiva comprende obligaciones de contenido tangible y de resultado, es decir, consistentes en proporcionar equipos o medios de protección individual concretos, y además todos aquellos que conforman e integran el genérico deber de prevención y de tutela a la salud, vida e integridad personal del trabajador inherente a la condición de empresario.

JOAQUÍN GONZÁLEZ CASSO

Presidencia

Audiencia Provincial de Cáceres

joaquin.gonzalez@poderjudicial.es

Orcid: 0000-0003-3675-8158



SELECCIÓN Y COMENTARIO DE RESOLUCIONES DEL ORDEN
JURISDICCIONAL CIVIL. AUDIENCIA PROVINCIAL DE BADAJOZ.
AÑO 2023

*SELECTION AND COMMENTARY OF RESOLUTIONS OF THE CIVIL
JURISDICTIONAL ORDER. PROVINCIAL COURT OF BADAJOZ.
YEAR 2023*

LUIS ROMUALDO HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA¹

Audiencia Provincial de Badajoz

SENTENCIA AP BADAJOZ SECCIÓN 2^a, 218/2023, de fecha 28 de marzo de 2023. ROLLO DE APELACIÓN 1051/2022

Nulidad matrimonial por error en la cualidad de la persona en el caso de un marido que, al tiempo de las nupcias, padecía un trastorno mental latente.

Una pareja contrajo matrimonio en 2019. El esposo, antes de casarse, padecía un trastorno mixto ansioso depresivo y de la personalidad (límite y anti-social) y capacidad intelectual límite. Era una persona inestable afectivamente e impulsiva, en la que la percepción de una separación podía ocasionar cambios profundos en su comportamiento. Solía menospreciar los sentimientos de los demás. Además, había sido consumidor de drogas. No obstante, a lo largo de su

¹ Luis Romualdo Hernández Díaz-Ambrona es Presidente de la Audiencia Provincial de Badajoz. Siendo magistrado en Mérida y Decano de los Juzgados de Badajoz. Profesor de la Escuela de Práctica Jurídica del Colegio de Abogados de Badajoz. Publicando numerosos artículos y participando en diversos cursos, conferencias y seminarios. Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Extremadura.

vida, había tenido periodos satisfactorios, alternados con recaídas. A los pocos meses de la boda, el marido fue ingresado en el servicio de urgencias, manifestó que soñaba con sangre y previamente le dijo a su mujer que la tenía que matar. Tras ello la esposa promovió una demanda de nulidad matrimonial. En el juicio no se probó que la mujer estuviera al corriente de las dolencias que presentaba su esposo al tiempo de la celebración del matrimonio.

Dicha pretensión fue desestimada en primera instancia, bajo el argumento de que la esposa no podía ignorar la enfermedad mental del esposo, con lo cual no había error en el consentimiento.

La Audiencia, con el visto bueno del Ministerio Fiscal, concluyó que hubo error vicio en las cualidades de la persona a la hora de prestar el consentimiento. Es cierto que el esposo, antes de su matrimonio, padecía un trastorno mental, pero la relación de noviazgo fue corta, seis meses. En ese periodo, bien pudieron pasar desapercibidos sus trastornos, porque habitualmente las enfermedades psíquicas son dinámicas. Hay periodos de remisión y consecutivamente se producen brotes o recidivas. Por otra parte, no podemos exigir a la actora que pruebe un hecho negativo. La previa ignorancia de la enfermedad no fue negada ni aceptada por el esposo. No podemos presuponer que la esposa supiera que su cónyuge padecía un trastorno de la personalidad, límite y antisocial.

SENTENCIA AP BADAJOZ, SECCIÓN 3ª, 94/2023, de fecha 17 de abril de 2023.
ROLLO DE APELACIÓN 10/2023

Cambio de apellidos de un menor de edad a raíz de una acción de reconocimiento de filiación.

La progenitora reclama que su hijo de seis años siga conservando como primer apellido el de ella, pues, desde su nacimiento, se le ha identificado siempre así. Defiende que debe prevalecer con su nombre habitual, pues así es conocido en su entorno.

Es cierto que la ley, en caso de discrepancia sobre el orden de los apellidos, atiende al interés superior del menor.

La Audiencia tuvo en cuenta que el menor tenía ya cinco años y que había sido identificado desde el día en que nació con los apellidos de la madre, única filiación reconocida, y si a dicha circunstancia se une que hasta la fecha no había mantenido una relación con su padre y que, además, el progenitor había sido condenado por violencia contra la mujer, lo procedente es que el primer

apellido del hijo sea el de la madre, revocándose así la decisión del juez de instancia.

SENTENCIA AP BADAJOZ, SECCIÓN 3ª, 196/2023, de fecha 1 de septiembre de 2023. ROLLO DE APELACIÓN 22/2023

Testamento que atribuye la legítima estricta a una hija y que instituye una sustitución fideicomisaria a favor de los nietos por los dos tercios restantes.

Un matrimonio, con cuatro hijos, otorgó testamento abierto en la misma fecha. Los testamentos eran similares, incluyéndose en ambos una estipulación que indicaba que, respecto a la parte de la herencia que correspondía a una de sus hijas y que excediera del tercio de legítima estricta, para el caso de que no tuviera descendientes, la sustituirían por todos los nietos que vivieran al tiempo de fallecer los testadores por partes iguales entre ellos. La esposa falleció en 1993 y el esposo en 1996. En su virtud, se terminó cumpliendo la voluntad de los causantes, aprobándose la sustitución establecida.

Pasado el tiempo, las particiones habidas fueron impugnadas alegando su nulidad por no contener un objeto cierto conforme al art. 1261 CC. Tanto en primera como en segunda instancia se advirtió que las escrituras reunían los elementos esenciales de los negocios jurídicos.

Y sobre la legítima se hizo ver que no existió infracción alguna, dado que los nietos fideicomisarios, viviendo sus padres e hijos de los causantes, no ostentarían la condición de legitimarios, sino que fueron los propios testadores los que, en sus respectivos testamentos, adjudicaron a sus hijos bienes inmuebles concretos en pago de sus respectivos haberes. Adjudicaciones que posteriormente fueron aceptadas por los herederos y legitimarios en las escrituras de partición de herencia, que no pueden ser atacadas por los nietos que carecerían de legitimación para impugnar unas escrituras de partición hereditaria en las que no fueron parte, y en las que los herederos dieron cumplimiento a las disposiciones testamentarias de sus causantes.

SENTENCIA AP BADAJOZ, SECCIÓN 2ª, 588/2023, de fecha 29 de septiembre de 2023. ROLLO DE APELACIÓN 708/2023

El divorcio es un derecho y las personas con discapacidad también lo conservan.

En 2018, un hombre de 75 años se casó con una mujer de 62. En 2021 se separaron de hecho. Y en 2022 el marido planteó una demanda de divorcio. El juzgado declaró disuelto el matrimonio por divorcio.

La esposa recurrió en apelación dicha decisión argumentando que su marido carecía de capacidad de obrar. A tal fin, hizo valer el interrogatorio practicado en el acto del juicio, donde el esposo manifestó que estaba separado y que se quería divorciar. La mujer se opuso al divorcio porque, en realidad, según ella, él no quería divorciarse. Aachó ese deseo a su deterioro cognitivo.

La Audiencia confirmó el pronunciamiento de instancia al constatar que el esposo deseaba verdaderamente el divorcio. Y prueba de ello es que, al tiempo de la presentación de la demanda, la pareja residía en distintos domicilios. Es más, el matrimonio vivía separado de hecho desde septiembre de 2021, cuando se dictó una orden de alejamiento en el ámbito de unas diligencias penales. Procedimiento donde no se detectó ningún tipo de discapacidad. En todo caso, aun cuando existiera deterioro cognitivo, ello no cambiaría las cosas. Las personas con discapacidad también tienen derecho a divorciarse. Las manifestaciones del esposo en el juicio fueron muy reveladoras. En ningún momento se retractó de su decisión. Además, aunque tuviera mal la cabeza, su deseo hay que respetarlo. Afortunadamente, la sentencia en cuestión concluyó que no se puede seguir casado de manera forzosa. La libertad es un bien muy preciado. Y las personas con discapacidad, desde la Ley 8/2021, conservan la capacidad de obrar en todo lo posible.

SENTENCIA AP BADAJOZ, SECCIÓN 2ª, 746/2023, de fecha 4 de diciembre de 2023. ROLLO DE APELACIÓN 725/2022

El control de incorporación de los préstamos hipotecarios en los supuestos de las subrogaciones.

Por medio de un arrendamiento, una sociedad explotaba un comercio en un local de una tercera entidad. En determinado momento, la parte arrendataria decidió comprar el inmueble y se subrogó en un préstamo hipotecario de un millón de euros. Ese préstamo contenía una cláusula suelo, pero en la escritura de

subrogación no se hacía referencia a ella. La sociedad adquirente interpuso una demanda contra el banco al entender que la cláusula suelo era una cláusula sorpresiva. El Juzgado acogió la demanda y dejó sin efecto la cláusula suelo. Argumentó que, en la escritura de subrogación, se hacía referencia al interés remuneratorio y se omitía, en cambio, la existencia de una cláusula suelo. Además, se incidió en que la entidad financiera no había entregado la escritura original de préstamo hipotecario.

La Audiencia, en cambio, concluyó que la cláusula suelo sí superaba el control de incorporación, porque la sociedad adherente tuvo la posibilidad de conocerla. El tribunal argumentó que, cuando un empresario acomete una compra y decide subrogarse en la hipoteca, lo primero que debe hacer es percatarse de todas las condiciones de ese préstamo. No es preciso volcar todas las condiciones del préstamo hipotecario en la escritura de subrogación. Basta con una mera remisión al contenido de la primera escritura. Y el hecho de que los prestatarios sean extranjeros, concretamente chinos, y no conozcan bien el idioma español no es excusa para sostener que estamos ante un cláusula insólita o sorpresiva.

SENTENCIA AP BADAJOZ, SECCIÓN 2^a, 752/2023, de fecha 7 de diciembre de 2023. ROLLO DE APELACIÓN 21/2023

El cuaderno particional notarial y su fiscalización por el registrador.

Un padre con dos hijas hizo testamento, desheredó a una de ellas, nombró heredera a la restante y legó el usufructo universal a favor de su esposa. La viuda y la hija heredera acudieron al notario para aceptar la herencia y para repartirla. En dicho proceso de partición de la herencia no fue llamada la hija desheredada, ni sus posibles descendientes. Presentada la escritura notarial ante el Registro de la propiedad, el registrador procedió a calificarla negativamente suspendiendo su inscripción. Esgrimió que, conforme al art. 853 CC, cabían dos opciones: que la hija desheredada no tuviera descendientes o sí los tuviera, en cuyo caso debería acreditarse su identidad y ser llamados a la partición como afectados.

La notaria actuante impugnó judicialmente esa calificación. Argumentó que ella solo puede dar fe de los hechos que se le documentan y de las manifestaciones de los comparecientes. Insistió en que de los hechos desconocidos no puede dar fe, entre otras cosas porque no es un detective que deba averiguar la identidad de todos los interesados en la partición.

La Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015 buscó una fórmula rápida y sencilla para llevar a buen fin las largas y conflictivas particiones judiciales. Esta tarea se puso en manos de los notarios y de los letrados de la administración de justicia. Sin embargo, el legislador no determinó el alcance jurídico de las nuevas particiones. Hay un importante debate doctrinal sobre si la aprobación notarial de la partición limita la calificación del registrador.

Tanto en primera como en segunda instancia se dio la razón al registrador. Conforme a los arts. 66, 67 y 68 LJV el notario tiene competencia en materia de sucesiones y concretamente para llevar a cabo una partición. La atribución a los notarios de sus nuevas competencias comporta también que deban ajustarse a las reglas de procedimiento previstas en la ley.

El art. 14 LJV, sobre la iniciación del expediente, entre otras cosas, dispone que en la solicitud se consignarán los datos y circunstancias de identificación de las personas que puedan estar interesadas en el expediente, así como el domicilio o domicilios en que puedan ser citados o cualquier otro dato que permita su identificación. Por otra parte, el art. 1057 CC, para el nombramiento de un contador-partidor de cara a la partición de la herencia, exige la citación de los interesados. Los notarios han de atenerse a las formalidades propias de esos procedimientos. Uno de los principios básicos por los que se rigen estos expedientes es el derecho de defensa. Es preciso llamar a los interesados. Aunque existan otros resortes legales para la defensa de los derechos de los eventuales legitimarios preteridos, era aquí preceptivo comprobar la existencia de posibles descendientes de la hija desheredada.

LUIS ROMUALDO HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA

Presidencia

Audiencia Provincial de Badajoz

lr.hernandez@poderjudicial.es

Orcid: 0000-0001-5088-9707

RECENSIONES
BIBLIOGRÁFICAS

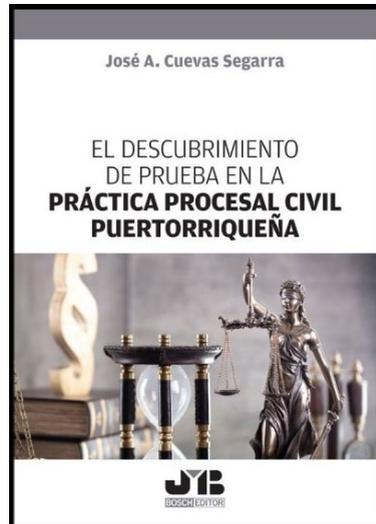


José A. Cuevas Segarra, *El descubrimiento de prueba en la práctica procesal civil puertorriqueña*, Bosch Editor, Barcelona, 2023, 582 páginas. ISBN: 978-84-19580-66-5.

Es para mí un honor y motivo de satisfacción redactar esta nota sobre la obra de mi querido amigo y colega, reconocido jurista puertorriqueño J.A. Cuevas Segarra, autor de numerosas obras de Derecho Civil y Derecho Procesal, que acaba de publicar en la editorial Bosch: *El descubrimiento de prueba en la práctica procesal civil puertorriqueña*.

El descubrimiento de prueba que autorizan las Reglas de Procedimiento Civil constituyó la reforma más notable en el área de la litigación. Antes del juicio todas las partes tienen el derecho a obtener el descubrimiento de toda la información que esté en posesión de cualquier persona. Un amplio y liberal descubrimiento de prueba es la médula del esfuerzo de destruir para siempre la deportiva teoría de justicia que tanto mina la fe del pueblo en el sistema judicial. Las partes deben “poner las cartas sobre la mesa” antes del juicio. No hay duda de que una prueba exitosa en la litigación civil requiere un dominio total de las normas y criterios recogidos en esta obra.

Es una obra eminentemente práctica, que servirá para resolución del caso concreto en sus aspectos procesales y sustantivos, desde los planteamientos contemplados en las Reglas de Procedimiento Civil.



El autor expone los antecedentes históricos del desarrollo de este proceso en el Derecho puertorriqueño, ya que durante la soberanía de España se regulaban por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, que en 1856 fue aplicada en Cuba y en Puerto Rico (provincias de ultramar), que como puso de relieve Prieto Castro, partía del criterio de que la demanda no es por sí misma suficiente para la incoación del proceso, sino que exigía la aportación con ella de ciertos documentos básicos, que acrediten los hechos que causan la controversia jurídica y justifiquen la capacidad, la legitimación, el poder de representación o de gestión; y eventualmente el intento de conciliación; reflexionando sobre los mecanismos de descubrimiento de prueba que se adoptaron en Puerto Rico en 1943, por la recepción del Derecho procesal anglo-norteamericano. Todo ello además, con un amplio manejo de la jurisprudencia federal; enfocando los problemas prácticos del procedimiento relacionados con el alcance del descubrimiento, el informe de conferencias con antelación al juicio y sus enmiendas, alcance y sus limitaciones, la toma de deposiciones mediante examen oral o escrito, las alternativas disponibles, los interrogatorios, sus contestaciones, los requerimientos de documentos y su producción documental y/o electrónica, el examen físico y mental, los requerimientos de admisiones y sus contestaciones, las controversias en torno al propio descubrimiento, las consecuencias de la negativa a descubrir lo solicitado, así como la revisión de órdenes interlocutorias.

Desenvolviendo el descubrimiento de prueba pericial, la obligación de preservar pruebas, las limitaciones y órdenes protectoras; las deposiciones antes de iniciarse el pleito o durante la apelación, el interrogatorio de las partes, el descubrimiento de documentos para ser inspeccionados, copiados o fotografiados, el examen físico y mental de los sujetos, la expedición de citaciones, la protección de las personas sujetas a la citación, la citación a testigos, la citación de personas reclusas en prisión, la ocultación de testigos, el desacato y la revisión de órdenes interlocutorias sobre el descubrimiento de prueba o las órdenes de manejo del caso; así como los términos y efectos de la interposición de un recurso de *certiorari*.

Y es que, como acertadamente señala J. Guasp, existen en Derecho ciertas formulaciones de unas prácticas instrumentales, indirectas o selectivas, eficaces, que nos señalan la respuesta y el camino para la resolución del caso concreto, recordando la teoría de Ihering, que introduce el “*topos*” (los “*topoi*” argumentaciones a las que se recurre para la resolución de las controversias jurídicas) en la elaboración de la categoría jurídica del “interés”. Y, en esta dirección Th. Viehweg desarrollará su tesis, en un intento de superación del método lógico-

deductivo de aproximación al Derecho, incidiendo en la importancia del adecuado conocimiento del caso concreto y la valoración del mismo, para la resolución de los problemas jurídicos.

Y, de nuevo observamos, como el Dr. Cuevas Segarra, se esfuerza también en esta obra de acercarnos a los planteamientos procesales del *Common Law*, en su interacción con el ordenamiento civilista puertorriqueño contribuyendo a la riqueza del Sistema. Se cumple el cometido de reconstruir constantemente la doctrina científica y la jurisprudencial adaptándolas a las circunstancias del momento histórico y de los hechos concretos de la controversia.

Felicitemos vivamente al autor y nos complace contar con una obra de tan alta calidad jurídica, que será muy útil y necesaria para todos los estudiosos y operadores del Derecho.

ANTONIO M. ROMÁN GARCÍA
Catedrático de Derecho Civil
Abogado
Académico Correspondiente de la real Academia
de Jurisprudencia y Legislación de España
romangarcia@unex.es

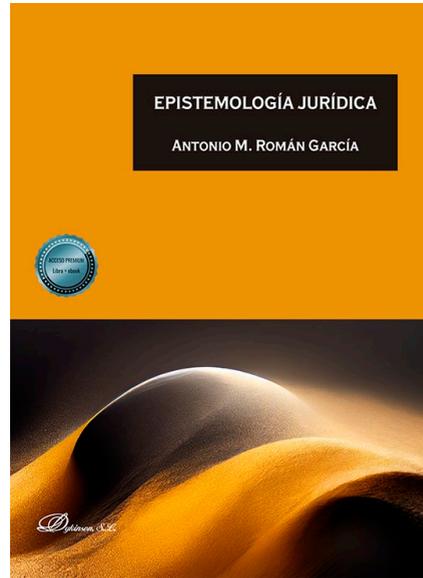
Antonio Manuel Román García, *Epistemología Jurídica*, editorial Dykinson, Madrid, 2023, 272 páginas. ISBN: 978-84-1170-036-8.

Es para mí un privilegio y un motivo de satisfacción redactar esta breve recensión sobre la reciente obra *Epistemología Jurídica* realizada por mi maestro el Profesor Dr. Antonio M. Román García.

La Epistemología Jurídica está referida exclusivamente al estudio, elaboración y crítica del conocimiento jurídico en sentido propio y estricto; reflexionando sobre las particularidades que distinguen el saber jurídico: el Derecho, del resto de las disciplinas. No es Filosofía del Derecho (de contenido más general y amplio que la Epistemología); ni Metodología Jurídica, como aproximación al objeto del Derecho desde circunstancias históricas, filosóficas, sociales, económicas, culturales, ideológicas, políticas...etc. de una determinada época. Siguiendo las tesis de R.V. Ihering, A. Hernández Gil, L. Recasens, Ch. Atias Y H. Welzel, principalmente.

El autor efectúa una profunda reflexión sobre la esencia y el auténtico carácter del Derecho, no sólo en sus aspectos fundamentales: ontológicos, gnoseológicos, lógicos, axiológicos o estimativos; sino también desde la perspectiva de su función práctica, estableciendo una conexión entre las consideraciones puramente teóricas y las exigencias de su aplicación como técnica para la resolución de las controversias que se producen en la convivencia humana; mediante una revisión epistemológica, que no se desenvuelve en un plano filosófico, ni histórico, ni económico, ni social, ni cultural, ni ideológico, ni político; sino desde una aproximación estrictamente jurídica. Resaltando la importancia y necesaria función y actuación de los juristas y la inevitable e inexcusable continuidad de la tradición jurídica.

El Dr. Román García, en una obra condensada, en 266 páginas, analiza la autonomía propia del saber jurídico. La continuidad histórica y dogmática en la tradición jurídica: desde los precedentes de la ilustración de la antigua Grecia,



el Estoicismo; el Derecho romano; las aportaciones de la tradición jurídica germánica; la influencia del derecho canónico y cristiano medieval; las huellas del Derecho musulmán; el desarrollo del Derecho natural cristiano medieval; la fundamentación del Derecho en la edad moderna; el idealismo alemán y la codificación; el positivismo jurídico, el formalismo y el relativismo, el marxismo y el existencialismo; el iusnaturalismo y la renovación epistemológica del Derecho; así como la descodificación y la recodificación. También se ocupa de los fundamentos históricos y metodológicos del Derecho privado español, con especial referencia a la importancia de las legislaciones forales y reflexiona sobre la deontología jurídica.

Examina el Derecho como una técnica dialógica independiente y resalta la importancia de la concepción principal del Derecho (analizando los principios generales: la buena fe, la equidad, la lógica jurídica, la naturaleza de las cosas, la *naturalis ratio*), como garantía de la seguridad jurídica y de la validez del propio Derecho. Valorando la función de la jurisprudencia, de la doctrina científica, del Derecho comparado y de la interpretación jurídica.

Rechaza firmemente las concepciones positivistas, nominalistas, normativistas; así como las dependientes del relativismo postmoderno en el análisis jurídico; reivindicando una aproximación realista, tópica y aporética al planteamiento de la esencia del objeto del Derecho, ya que sólo de este modo se podrá integrar su contenido axiológico y principal; tal como anteriormente han puesto de relieve L. Recasens, F. De Castro, A. Hernández Gil, J.L. De Los Mozos, L. Díez Picazo Y H. Welzel; porque ciertamente la lucha en torno a la justa configuración de las relaciones sociales y jurídicas se debe presentar siempre como polémica “entre ideas”; y no se tratará de poner fin a ella por el sentimiento; ni mucho menos por la aniquilación del hombre por el hombre.

En suma, justifica, de modo admirable y bajo el enfoque de la epistemología, la autonomía del saber jurídico como técnica dialógica independiente. Y ello, sin dejar de prestar atención a los fundamentos históricos y metodológicos del Derecho Privado Español, con especial referencia a los problemas derivados de las legislaciones forales. Invocando para todo ello la nuclear función de la Interpretación; así como de la jurisprudencia, de la doctrina y del Derecho comparado en el conocimiento científico y realización del saber jurídico. Resaltando la necesaria función interpretativa y aplicativa de la norma y de la jurisprudencia por parte de los juristas, en una observancia plena de la Deontología, lo que conlleva,

tal y como nos muestra el autor, una garantía de seguridad jurídica y la propia validez del Derecho en el contexto social.

El Dr. Román viene en esta obra, a rechazar las concepciones positivistas, normativistas y nominalistas; incluida las derivadas del relativismo posmoderno en el análisis jurídico. Para reivindicar un acercamiento realista, tópico y aporético de la esencia del objeto del Derecho; ya que, tal y como plantea solo de esa manera puede integrarse su contenido principal y axiológico en la constante búsqueda de la verdad jurídica epistemológica.

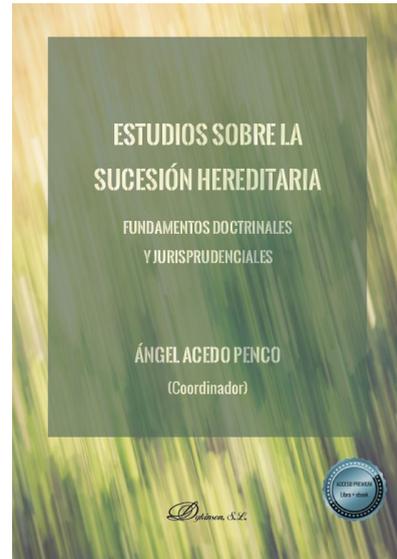
Felicitemos vivamente a su autor, el Dr. Antonio Manuel Román García, debiendo manifestar el privilegio de contar con esta obra de tan alta calidad jurídica, que sin duda será de utilidad para todos los estudiosos y operadores jurídicos.

MANUEL DE PERALTA CARRASCO
Profesor titular de Derecho civil
Facultad de Derecho
Universidad de Extremadura
peralta@unex.es
Orcid: 0000-0002-2788-2117

Ángel Acedo Penco (coordinador), *Estudios de sobre la sucesión hereditaria. Fundamentos doctrinales y jurisprudenciales*, editorial Dykinson, Madrid, 2023, 214 páginas. ISBN: 978-84-1170-846-3. ISBN electrónico: 978-84-1070-027-7.

Este libro recoge un nutrido abanico que aglutina ocho trabajos confeccionados por sendos investigadores y docentes, siete de Derecho civil y otro de Derecho mercantil, que analizan, desde la óptica del Derecho privado, diversas instituciones sucesorias bajo el triple prisma legal, doctrinal y jurisprudencial, pero a su vez, con un indudable contenido práctico al abordar las figuras tratadas partiendo de sus precedentes y postulados más clásicos en unos casos, siguiendo los referentes de la doctrina, así como los esenciales pronunciamientos de los tribunales de justicia, pero también llegando hasta las más modernas tendencias y concepciones del Derecho de sucesiones de nuestros días, para lo cual se recogen las últimas concepciones científicas realizando, además, interesante propuestas de *lege ferenda* para acometer la reforma legal, siempre pospuesta, de esta disciplina de gran calado técnico y desde luego, no suficientemente actualizada, pese a su radical importancia.

Se exponen sistematizados los ocho estudios monográficos, ordenados alfabéticamente tomando el primer apellido de sus autores, el capítulo I, corre a cargo de Ángel Acedo Penco, versando sobre «El testamento en España: evolución histórico-normativa y análisis crítico del régimen vigente». La profesora María Cristina Cintora Egea escribe el capítulo II tratando «La preterición en el derecho civil español», institución que muchas veces pasa desapercibida, analizando la omisión de los sucesores preteridos. El capítulo III, único desde la óptica del Derecho mercantil, por el profesor de esta disciplina Marcial Herrero Jiménez, aborda el cotidiano supuesto de «La transmisión mortis causa de las acciones de la sociedad anónima y las participaciones de la sociedad limitada», con la implicación del Derecho civil de sucesiones. En el capítulo IV sobre la



«Entomología del régimen de los legados en el Código civil español vigente», la profesora María Jesús Macías Santos, estudia la actualidad de una institución que, pese a su decisiva importancia, no siempre es lo suficientemente conocida por los operadores jurídicos.

El capítulo V, cuya autoría corresponde –es de obligada justicia apuntarlo– al actual Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, profesor Manuel de Peralta Carrasco, se adentra en un tema cuyo título, por su actualidad, es lo suficientemente ilustrativo para despertar el interés del lector: «Un necesario cambio legislativo en el Derecho a la libre disposición testamentaria. El derecho a desheredar ante el menosprecio a los ascendientes». El profesor Alejandro Platero Alcón, actual Vicedecano de Estudiantes, Movilidad y Prácticas Externas de esta Facultad de Derecho, se encarga del capítulo VI, con una materia también de enorme actualidad, sobre todo tras la vigencia de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, trabajo cuyo título «Un nuevo horizonte sobre una añeja reclamación: notas sobre la ampliada capacidad de testar de las personas con discapacidad», analiza y reclama el imperioso *aggiornamento* de la figura.

El capítulo VII, corre a cargo del profesor Pedro Ródenas Cortés tratando un asunto tan práctico como «La inscripción de herencia en el registro de la propiedad por el heredero único», que plantea diversos problemas que es necesario solucionar, como tantas instituciones sucesorias. Finalmente, el profesor Antonio Silva Sánchez, cierra la obra colectiva con su capítulo VIII bajo el título «Evolución histórico-jurídica del legado. Su configuración en el derecho romano y en el vigente derecho civil: análisis comparativo», trabajo que partiendo de los inicios de la institución hasta el momento presente complementa en buena medida el capítulo IV.

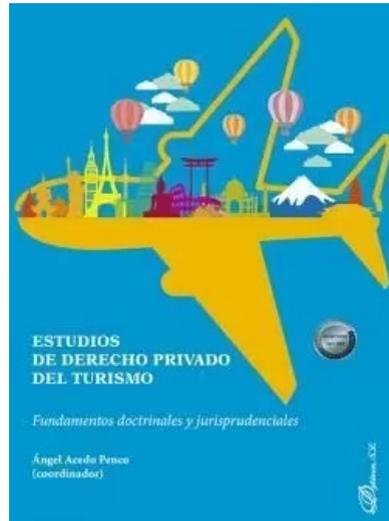
Además del contenido avanzado, debe destacarse el magnífico prólogo que la precede, elaborado por el reputado internacionalmente, profesor de Derecho civil de la Universidad de La Habana, y notario, Leonardo B. Pérez Gallardo, que con su contribución realza la distinción del libro, al afirmar sobre este que «el Derecho de sucesiones está urgido de una transformación sustancial que le permita atemperarse a los cambios sociales, estructurales, demográficos, culturales, políticos, económicos, que han acompañado este siglo, cuyo primer cuarto está próximo a concluir. Igualmente, las reformas que con mayor fuerza han operado en el Derecho de personas y en el Derecho familiar tienen que ir acompasadas

de cambios profundos en la manera de concebir el Derecho de sucesiones, entre ellos, y coligiendo algunas de las ideas que exponen los autores de esta obra».

LAURA ANTÚNEZ ROMERO
Investigadora predoctoral de Derecho Civil
Universidad de Extremadura
laantunez@alumnos.unex.es
Orcid: 0009-0007-2324-3266

Ángel Acedo Penco (coordinador), *Estudios de Derecho privado del turismo. Fundamentos doctrinales y jurisprudenciales*, editorial Dykinson, Madrid, 2023, 338 páginas. ISBN: 978-84-1170-3512. ISBN electrónico: 978-84-1170-553-0.

La obra que se presenta aborda los aspectos legales más significativos del fenómeno del turismo y de los viajes combinados analizados doctrinalmente, y mediante el análisis jurisprudencial. España es el segundo país de todo el mundo en la recepción anual de número de turistas, por delante de Estados Unidos y tan solo detrás de Francia. Los investigadores participantes en esta obra, no solo españoles, sino de diferentes nacionalidades, como Hungría, Lituania y Portugal, abordan el estudio doctrinal y jurisprudencial de diferentes aspectos legales relacionados el fenómeno del turismo y de los viajes combinados.



En el libro se integran hasta once estudios monográficos realizados entre cuatro universidades europeas, de la mano de doce investigadores vinculados contractualmente a cada una de esas casas de estudios superiores, la *Pécsi Magyar Tudományegyetem* (Universidad de Pécs, Hungría), la *Vytauto Didžiojo universitetas* (Universidad Vytautas Magnus de Kaunas, Lituania), el *Instituto Politécnico* de Beja, Portugal) y la *Universidad Extremadura* (España), en particular, desde el Área de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de esta última, bajo el auspicio académico y la coordinación de los profesores que participan en este trabajo, integrantes del *Grupo de Investigación Estudios del Derecho de España, Portugal y América Latina (GIDEPA)* adscrito al catálogo oficial de grupos de investigación del Sistema Extremeño de Ciencia, Tecnología e Innovación.

El conjunto de los estudios que conforman el libro, ahonda en las vicisitudes de las instituciones sobre el turismo, los viajes combinados y las vacaciones, básicamente desde la óptica del Derecho privado, aportando diversos análisis, disquisiciones, indagaciones, ideas, criterios y propuestas, para perfeccionar

aquellas figuras jurídicas estudiadas sobre tan interesante y, desde luego, creciente actividad económica, en el ámbito comunitario con atención especial a los sistemas legales de los cuatro países que participan en la obra: Hungría, Lituania, Portugal y España.

El capítulo I, elaborado por Ángel Acedo Penco, a su vez, coordinador de la obra colectiva, profundiza en las «Singularidades de la doble naturaleza jurídica del aprovechamiento por turno compartido de bienes inmuebles de uso turístico o vacacional: derecho real restringido y figura contractual compleja. Sus efectos en el ámbito de la protección jurídica del consumidor».

En el capítulo II, de la mano de María Cristina Cintora Egea se analiza el interesante, y sumamente práctico, asunto cotidiano de «La responsabilidad civil derivada de la contratación de viajes combinados».

El capítulo III, de los investigadores húngaros, Herke Csongor y Zsák Zsófia en inglés –idioma más internacional en materia turística–, aunque es el húngaro la lengua materna de sus autores, se titula: «Liability for damage caused in hotels in Hungarian law», explora los daños del cliente causados en los hoteles de Hungría.

En el capítulo IV, María Jesús Macías Santos elabora un práctico, a todos los efectos, «Análisis jurisprudencial de las cláusulas abusivas en los contratos de transporte aéreo de personas».

El capítulo V, en un enfoque diferente, Manuel de Peralta Carrasco realiza un amplio estudio de «La protección y disponibilidad de los bienes del patrimonio histórico y cultural en manos de titularidad privada, en cuanto valor de recurso turístico».

El capítulo VI, de M^a Ángeles Pérez Albuquerque, se intitula «Nomenclatura y régimen jurídico de los contratos de aseguramiento de la asistencia en viaje».

El capítulo VII escrito en inglés, siendo lituana su autora, Dalia Perkumiene, versa sobre los «Problems of legal regulation of tourism as a contract services in Lithuania», centrado en los avatares legislativos contractuales del sector en aquel país.

Alejandro Platero Alcón, en el capítulo VIII, estudia un tema que sigue siendo de gran actualidad por sus repercusiones jurídicas: «Apuntes sobre las consecuencias de la incorrecta ejecución de un viaje combinado: especial referencia a la situación provocada por la covid-19».

En el capítulo IX, Pedro Ródenas Cortés, aborda otra cuestión tan candente y viva como son las «Peculiaridades actuales respecto de la legalidad de las viviendas de uso turístico: su conflictividad en el seno de las comunidades de propietarios».

El capítulo X, de forma densa, realiza Antonio Silva Sánchez, un estudio «En torno a la responsabilidad de los hoteleros, hosteleros, fondistas, mesoneros, posaderos, taberneros y responsables de alojamientos turísticos; por el depósito de bienes y demás efectos de los viajeros en los contratos de hospedaje».

Finalmente, el capítulo XI con el que se cierra la obra, redactado también en inglés, pese a la procedencia portuguesa de la Universidad de su autora, Marinêz de Oliveira Xavier, aunque brasileña de nacimiento, expone su trabajo titulado: «The regulation of rural tourism in Portugal as a factor of sustainable development», referido a nuestro país vecino y limitrofe.

En suma, la obra, contiene diversos estudios, aprovechando la estrecha colaboración entre las cuatro universidades europeas donde investigan sus doce autores, buscando ahondar en las vicisitudes de las instituciones sobre el turismo, los viajes combinados y las vacaciones, básicamente desde la óptica del Derecho privado, siendo su pretensión aportar diversos análisis, disquisiciones, indagaciones, ideas, criterios y propuestas, para perfeccionar aquellas figuras jurídicas estudiadas sobre tan interesante y, desde luego, creciente actividad económica, en el ámbito comunitario con atención especial a los sistemas legales de los cuatro países que participan en la obra: Hungría, Lituania, Portugal y España.

LAURA ANTÚNEZ ROMERO

Investigadora predoctoral de Derecho Civil

Universidad de Extremadura

laantunez@alumnos.unex.es

Orcid: 0009-0007-2324-3266

Ángel Acedo Penco (coordinador), *La privacidad en el metaverso, la inteligencia artificial y el big data. Protección de datos y derecho al honor*. Colección: IA, Robots y Bioderecho, editorial Dykinson, Madrid, 2022, 180 páginas. ISBN: 978-84-1170-053-5. ISBN electrónico: 978-84-1170-053-5.

Nunca fue tan importante la tarea de exploración de las nuevas normas teniendo en cuenta las ya vigentes, tal vez por la rapidez con la que, a causa de los avances tecnológicos, van apareciendo nuevas e inimaginables actividades, de la más diversa índole en el inabarcable mundo de internet y, en lo que aquí afecta, del derecho digital en su versión de protección de los datos privados de las personas.

En presente libro se compone de nueve trabajos de investigación que estudian aspectos esenciales del derecho de protección de datos personales desde diversas ópticas bajo, si bien, esencialmente en el marco del Derecho privado, más necesitado de atención, habida de que son mucho más numerosos los trabajos que atienden a estos fenómenos, tanto desde el prisma del Derecho público, como desde otros enfoques.

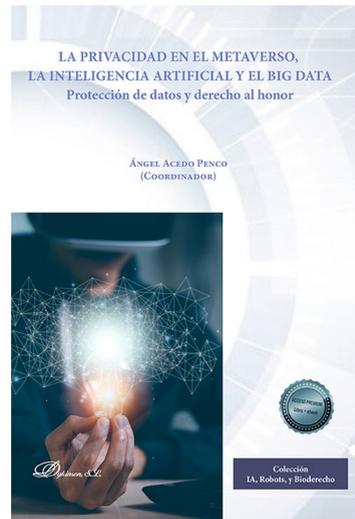
Expuestos los trabajos de investigación individualizados por orden alfabético del primer apellido de cada uno de sus autores en sendos capítulos, se abordan en ellos las siguientes materias específicas:

Capítulo I: «La doctrina sobre el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, como fructífero antecedente aplicable al derecho a la protección de datos de carácter personal», por Ángel Acedo Penco, coordinador del libro.

Capítulo II: «Las personas vulnerables ante el derecho a la protección de datos personales», a cargo de Julia Ammerman Yebra.

Capítulo III: «La más reciente interpretación del tribunal constitucional en torno al derecho al olvido», por María Cristina Cintora Egea.

Capítulo IV: «Protección de datos y personas con discapacidad», elaborado por Jesús Daniel Ayllón García.



Capítulo V. «Gobierno corporativo e inteligencia artificial», que ha sido confeccionado por Marcial Herrero Jiménez.

Capítulo VI. «El tratamiento de datos personales obtenidos con fines policiales por las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado: un difícil equilibrio entre el espacio policial y judicial europeo y el derecho fundamental a la privacidad del ciudadano investigado», por Juan Antonio Pavón Pérez.

Capítulo VII. «Apuntes sobre la validez (o no) de la celebración de uniones matrimoniales en el metaverso», a cargo de Alejandro Platero Alcón.

Capítulo VIII. «La protección de datos de carácter personal (*habeas data*) y su regulación civil contra la inclusión en ficheros de insolvencia crediticia», realizado por Pedro Ródenas Cortés.

Capítulo IX. «“*A man’s house as his castle*”: los orígenes históricos del Derecho a la Privacidad (1763-1890)» por Raquel Tovar Pulido.

Como se explica en el prólogo, desde hace unos años, y de manera especial en estos últimos, a raíz del crecimiento exponencial de internet en la vida la práctica totalidad de los ciudadanos, el análisis concienzudo del derecho de protección de datos personales, desde la mirada de la privacidad, ha de ser una tarea constante, permanente, pero sin olvidar las bases jurídicas de las figuras anteriores, de las instituciones que han sido estudiadas y enjuiciadas, para construir sobre aquellas doctrinas los nuevos postulados interpretativos de la incesante regulación de la Unión Europea y del Reino de España, ya sean nacionales o autonómicas, que van emanando de las numerosas fábricas normativas a velocidad de vértigo.

En fin, la presente monografía colectiva trata de aportar en los diferentes análisis de los citados trabajos algunas soluciones a este océano digital que ya tenemos encima, por lo que, desde estas aportaciones, se pretende facilitar la «navegación» y evitar el naufragio que siempre supone la conculcación de los derechos fundamentales de las personas como es el de protección de datos, constitucionalmente reconocido en nuestro país.

LAURA ANTÚNEZ ROMERO

Investigadora predoctoral de Derecho Civil

Universidad de Extremadura

laantunez@alumnos.unex.es

Orcid: 0009-0007-2324-3266

Harold Bertot Triana, *Teoría y práctica del reconocimiento de gobiernos en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Tirant lo Blanch, 2023, 464 páginas. ISBN: 9788411696159

El estudio del Doctor Harold Bertot Triana, *Teoría y práctica del reconocimiento de gobiernos en el Derecho Internacional Contemporáneo*, publicado por Tirant lo Blanch en 2023 con una extensión de 464 páginas, se ha consolidado como una contribución significativa en el ámbito de estudio del Derecho Internacional Público. Originalmente presentado como tesis doctoral en la Universidad Rey Juan Carlos en noviembre de 2022, este trabajo destaca por su análisis exhaustivo y su enfoque metódico en la materia del reconocimiento de gobiernos, un tema de relevancia en las Relaciones Internacionales y en la práctica jurídica global. La obra aborda con amplitud y profundidad este fenómeno. Bertot Triana no se limita a los aspectos legales y normativos; también incorpora una perspectiva histórica, examinando la evolución de esta práctica y su influencia por distintos contextos políticos y sociales. Esta aproximación enriquece la comprensión de los principios y prácticas actuales en el reconocimiento de gobiernos, situándolos en un marco más amplio y coherente. Asimismo, el trabajo se destaca por su rigurosidad y enfoque integral. Al analizar el reconocimiento de gobiernos, el autor considera tanto los aspectos jurídicos que regulan este proceso en el Derecho Internacional, como las implicaciones políticas y los factores de poder que influyen en las decisiones de reconocimiento. Esta perspectiva holística permite una comprensión más completa y matizada de la interacción entre las normas internacionales y la realidad política internacional. Esta obra merece reconocimiento por su habilidad para entrelazar teoría y práctica, ofreciendo un análisis detallado y aplicable que beneficia tanto a académicos como a profesionales del Derecho y la Diplomacia. La forma en que Bertot Triana aborda casos y situaciones contemporáneas, con ejemplos reales y actuales, demuestra la relevancia y aplicabilidad de sus conclusiones en el mundo real.

A medida que nos adentramos en la obra, Bertot Triana realiza un análisis profundo de los componentes fundamentales del concepto de reconocimiento de gobiernos en el marco del Derecho Internacional. Este estudio abarca tanto la investigación de los principios teóricos subyacentes como una exploración detallada de la evolución histórica y las aplicaciones prácticas de dichos principios. Resalta, en particular, el examen minucioso del principio de efectividad, que postula que el reconocimiento de un gobierno debe basarse en su capacidad para

ejercer control efectivo sobre su territorio y población, poniendo especial énfasis en la estabilidad y el control como indicadores clave. A través de ejemplos concretos, el autor ilustra cómo este principio ha sido aplicado históricamente, mostrando las situaciones en las que los Estados han utilizado el criterio de efectividad para reconocer o no a determinados gobiernos. Paralelamente, se analiza el principio legitimista, que considera el proceso por el cual un gobierno asciende al poder, enfocándose en aspectos como la adherencia a la legalidad constitucional, el respeto por los derechos humanos y la realización de procesos democráticos. Bertot Triana examina cómo este principio ha influenciado las decisiones de reconocimiento, especialmente en contextos donde los gobiernos han emergido por medios controvertidos o no democráticos. Esta ópera también profundiza en los criterios que los Estados adoptan en la práctica internacional para el reconocimiento o la denegación de gobiernos, investigando cómo se aplican estos criterios en situaciones reales. Esta sección es reveladora, ya que muestra cómo las consideraciones políticas, estratégicas y éticas pueden influir en las decisiones de reconocimiento, a veces incluso por encima de los principios legales establecidos. Además, el autor aborda las implicaciones de estas decisiones en el ámbito internacional, que varían desde el impacto en relaciones bilaterales hasta consecuencias en la participación de los gobiernos en organizaciones y foros internacionales, así como en la percepción de su legitimidad y estabilidad. Este análisis proporciona una visión integral y detallada de cómo el reconocimiento de gobiernos se desenvuelve en la compleja intersección del Derecho, la política y la ética en el escenario internacional, destacando la naturaleza dinámica y a menudo controvertida de esta práctica en el Derecho Internacional Contemporáneo.

Uno de los aspectos más destacados de esta obra es su profundo análisis de los efectos jurídicos que conlleva el reconocimiento de gobiernos, una faceta crucial para entender cómo estas decisiones trascienden las declaraciones diplomáticas, afectando tanto el ámbito internacional como el nacional. El autor ahonda en cómo el reconocimiento de un gobierno puede influir significativamente en la posición de un Estado dentro de la sociedad global. *Ad extra*, ello implica otorgar a un gobierno una serie de derechos y obligaciones esenciales, como la capacidad de participar en tratados, integrarse en organizaciones multilaterales y acceder a foros internacionales, aspectos fundamentales para la inserción de un Estado en el sistema internacional. *Ad intra*, el reconocimiento de un gobierno puede repercutir en su legitimidad y estabilidad interna, fortaleciendo su posición frente a desafíos internos y afectando cómo otros países

interactúan con ese Estado en áreas como la ayuda externa, el comercio y las relaciones diplomáticas. Esta obra también explora las distintas modalidades de reconocimiento, distinguiendo entre formas explícitas, manifestadas a través de declaraciones oficiales y acciones legales, y formas implícitas, que pueden surgir de actos menos directos como relaciones comerciales o cooperación en ciertos ámbitos. El impacto de estas formas de reconocimiento en las Relaciones Internacionales es significativo, ya que un reconocimiento explícito puede simbolizar un fuerte apoyo y legitimidad, mientras que uno implícito permite mantener relaciones funcionales sin comprometer posiciones políticas o legales específicas. Bertot Triana presta especial atención a la interconexión de estos efectos con otras normas y principios del Derecho Internacional, como la soberanía estatal, la no intervención y la autodeterminación de los pueblos, destacando cómo el reconocimiento de gobiernos está profundamente enraizado en el tejido del Derecho Internacional. Este segmento del libro ofrece una visión completa y matizada de cómo el reconocimiento de gobiernos influye en el Derecho y la política internacional, resaltando la complejidad y la importancia de estas decisiones en el contexto global actual. El autor aborda la complejidad del reconocimiento de gobiernos como una institución influenciada por factores políticos y de interés de los Estados, lo que conlleva a una reticencia en la comunidad internacional a formalizar normas jurídicas en la materia. Además, examina casos específicos y actuales, como las situaciones en Siria y Libia, proporcionando un análisis contemporáneo esencial para comprender los desafíos y tendencias en el reconocimiento de gobiernos.

Avanzando en su detallado estudio, el Capítulo I de la obra, titulado 'Los componentes esenciales del concepto de reconocimiento de gobiernos en el Derecho Internacional', establece una base teórica y conceptual sólida sobre la cuestión en el ámbito del Derecho Internacional Público. Bertot Triana inicia este capítulo realizando una distinción entre el reconocimiento de Estados y el de gobiernos, enfatizando que, aunque relacionados, son conceptos jurídicos completamente distintos. Mientras el reconocimiento de Estados implica la aceptación de una nueva entidad como sujeto de Derecho Internacional, el de gobiernos se refiere a la legitimación de una autoridad como representante legítimo de un Estado ya reconocido. El autor explora en profundidad el contexto normativo y los principios jurídicos que rigen el reconocimiento de gobiernos, resaltando su naturaleza y carácter discrecional. Sin embargo, subraya que esta discrecionalidad se ve matizada por principios y normas del Derecho Internacional como el de no intervención, la autodeterminación de los pueblos y la

soberanía estatal. Estos principios deben equilibrarse tomando en consideración las realidades políticas y las Relaciones Internacionales, lo que genera un marco complejo para el acto de reconocimiento. Además, Bertot Triana aborda la tensión entre el deber de un Estado de reconocer un gobierno y el derecho de un gobierno a ser reconocido, destacando cómo esta dinámica puede estar influenciada por la política exterior y los intereses nacionales. En este marco, introduce el concepto de *estoppel*, que limita la capacidad de un Estado para actuar de manera contraria a compromisos o representaciones previas, aportando coherencia y responsabilidad a las prácticas de reconocimiento de gobiernos.

Progresando en su análisis, el Capítulo II del libro de Harold Bertot Triana se enfoca en la evolución histórica del reconocimiento de gobiernos, poniendo especial énfasis en las doctrinas americanas que han sido fundamentales en el desarrollo de este aspecto del Derecho Internacional. El autor inicia este capítulo destacando cómo el reconocimiento de gobiernos se ha visto influenciado por el actual sistema de Derecho Internacional, aún permeado por el modelo Westfaliano, que enfatiza la soberanía estatal y la no intervención. Este marco es esencial para comprender cómo los Estados han abordado históricamente el reconocimiento de gobiernos, especialmente en contextos de cambios de poder que se apartan de los procesos constitucionales tradicionales. Bertot Triana examina los antecedentes históricos y doctrinales de la institución del reconocimiento, evidenciando cómo diversos contextos políticos e históricos han caracterizado esta práctica. El análisis se centra especialmente en la región americana, donde se estudia cómo las doctrinas y prácticas en América Latina y otras partes de América han moldeado la evolución de esta institución a nivel internacional. El capítulo también analiza el principio de no intervención y su desarrollo normativo en el continente americano. Se detallan distintas doctrinas sobre el reconocimiento de gobiernos, incluyendo la doctrina Jefferson, la doctrina Wilson, la doctrina Tobar, la doctrina Estrada y la doctrina Betancourt, explicando sus componentes y cómo han definido la práctica del reconocimiento en diferentes contextos y épocas. Adicionalmente, Bertot Triana aborda las iniciativas de codificación en el Derecho Internacional relacionadas con el reconocimiento de gobiernos, tanto a nivel global como específicamente en América. Este análisis resalta cómo los esfuerzos normativos en el continente americano han sido clave para establecer las bases de la institución, contribuyendo significativamente a la adopción de normas o principios universales en esta área.

Continuando con este enfoque detallado, el Capítulo III, titulado 'Los principales criterios para el reconocimiento de gobiernos en la práctica

internacional', es fundamental para entender la aplicación práctica de la teoría en el reconocimiento de gobiernos por parte de los Estados en el escenario internacional. En este capítulo, el autor investiga los criterios utilizados por los Estados para reconocer o no a gobiernos extranjeros. Destaca que, aunque existen principios teóricos y normativos en el Derecho Internacional, la práctica real del reconocimiento está ampliamente influenciada por consideraciones políticas y estratégicas propias de cada Estado. Bertot Triana se centra en el análisis detallado del criterio de la efectividad, que evalúa la capacidad de un gobierno para ejercer control efectivo y autoridad sobre su territorio y población. Este principio, basado en la realidad tangible y la capacidad de gobernar, se presenta en contraste con el principio legitimista, que valora la legitimidad del proceso por el cual un gobierno accede al poder, enfatizando aspectos como la Democracia y el respeto al Estado de Derecho. El autor también examina cómo estos criterios se han aplicado en contextos contemporáneos, analizando casos específicos de reconocimiento y no reconocimiento bajo diferentes circunstancias geopolíticas. Este análisis proporciona una perspectiva realista de cómo los Estados equilibran los principios jurídicos con consideraciones políticas en sus decisiones. Además, el capítulo profundiza en cómo el reconocimiento de gobiernos se relaciona e interactúa con otras normas y principios del Derecho Internacional, tales como la no intervención y la autodeterminación de los pueblos. Bertot Triana explora las complejas interacciones y los posibles conflictos entre estos principios y la práctica del reconocimiento de gobiernos, ofreciendo una visión integral de su impacto en el Derecho y la política internacional.

En el Capítulo IV, que lleva por título 'Modos del reconocimiento de gobiernos', Bertot Triana ofrece un análisis detallado de las formas en que los Estados realizan el reconocimiento de gobiernos, haciendo hincapié en las diferencias entre el reconocimiento expreso y tácito. En esta sección, el autor se sumerge en la naturaleza y las implicaciones de los reconocimientos expresos, donde un Estado manifiesta de forma clara y oficial su reconocimiento de un gobierno extranjero. Este tipo de reconocimiento, que a menudo se materializa mediante acciones diplomáticas formales como el intercambio de embajadores o la firma de tratados, es un indicador claro de la intención de un Estado de establecer o mantener relaciones diplomáticas y políticas con el gobierno en cuestión. Por otra parte, Triana examina los reconocimientos implícitos, caracterizados por ser más sutiles y menos directos. Éstos se dan cuando un Estado realiza acciones que, sin ser una declaración explícita de reconocimiento, se interpretan como una aceptación de la autoridad y legitimidad de un gobierno. Ejemplos de ello

incluyen el mantenimiento de relaciones comerciales, la participación en acuerdos multilaterales, o actitudes políticas que denoten cierto nivel de cooperación o aceptación. Una parte considerable del capítulo se enfoca en cómo estas formas de reconocimiento se relacionan con las normas del Derecho Internacional y su influencia en las Relaciones Internacionales. Triana aborda el debate sobre si las acciones implícitas equivalen a un reconocimiento jurídico y las consecuencias que estos actos pueden acarrear. Además, el análisis se adentra en las complejidades y desafíos que enfrentan los Estados al decidir reconocer un gobierno, especialmente en situaciones donde la legitimidad o legalidad del gobierno es disputada. El autor subraya que estos dilemas no sólo tienen implicaciones legales, sino que también reflejan y afectan la dinámica de la política internacional y las relaciones entre los Estados.

El Capítulo V, 'La cualificación del reconocimiento: reconocimiento *de facto* y reconocimiento *de jure*', es un elemento clave para comprender cómo se distinguen y aplican estos dos tipos de reconocimiento en la práctica internacional, así como sus implicaciones legales y políticas. Bertot Triana, en este apartado, profundiza en la evolución histórica y las diferencias fundamentales entre el reconocimiento *de facto* y *de jure*. Mientras que el reconocimiento *de jure* representa un reconocimiento pleno y definitivo de un gobierno, basándose en criterios de legalidad y legitimidad, el reconocimiento *de facto*, aunque acepta la autoridad de un gobierno sobre un territorio y su población, no necesariamente implica un reconocimiento de su legitimidad jurídica o moral. El autor detalla cómo estas formas de reconocimiento han sido aplicadas en distintos contextos históricos y políticos, evidenciando que la elección entre uno y otro tipo a menudo está marcada por consideraciones estratégicas y políticas de los Estados. La distinción entre reconocimiento *de facto* y *de jure* es vital para entender la interacción de los Estados con gobiernos surgidos de procesos controvertidos o no democráticos. Además, Bertot Triana aborda las implicaciones jurídicas de ambos tipos de reconocimiento, particularmente en lo que respecta a las Relaciones Internacionales y los tratados. El reconocimiento *de jure* suele conducir a una relación más formal y estable con el gobierno reconocido, facilitando la firma de tratados y el establecimiento de relaciones diplomáticas. Por el contrario, el reconocimiento *de facto* tiende a ser más limitado en cuanto a las obligaciones jurídicas y los compromisos políticos que conlleva.

Sin lugar a duda, la obra de Bertot Triana se erige como una contribución sobresaliente y rigurosamente fundamentada al estudio del reconocimiento de gobiernos en el ámbito del Derecho Internacional. Distinguiéndose por un análisis

exhaustivo y multifacético, este trabajo abarca desde la evolución histórica hasta las bases normativas y los criterios prácticos que inciden en el reconocimiento de gobiernos. Una fortaleza distintiva del libro es su detallada exploración de la evolución histórica del reconocimiento de gobiernos. El autor va más allá de una simple narrativa de eventos, situando el reconocimiento de gobiernos dentro de un amplio contexto histórico y considerando cómo las transformaciones políticas, los conflictos globales y los cambios en las normas internacionales han modelado esta práctica a lo largo del tiempo. Este enfoque no sólo traza una cronología de eventos y doctrinas, sino que también profundiza en el entendimiento de la evolución de los enfoques hacia el reconocimiento de gobiernos. Respecto a las bases normativas, el libro examina minuciosamente los principios jurídicos que rigen el reconocimiento de gobiernos, destacando la interacción de estos principios con otros elementos del Derecho Internacional. Bertot Triana analiza críticamente la relación del reconocimiento de gobiernos con principios como la soberanía estatal, la no intervención y la autodeterminación de los pueblos, revelando las tensiones y sinergias entre el reconocimiento de gobiernos y el marco jurídico internacional más amplio. Adicionalmente, el autor explora los criterios prácticos para el reconocimiento de gobiernos, ofreciendo un análisis detallado de la aplicación de estos criterios en situaciones reales. Esta sección es especialmente valiosa, pues trasciende la teoría abstracta del Derecho y examina casos contemporáneos para ilustrar cómo los Estados concilian los principios jurídicos con consideraciones políticas y estratégicas en sus decisiones de reconocimiento. Por todo lo anterior, podemos señalar que la obra de Bertot Triana se revela como un recurso esencial para estudiosos y profesionales del Derecho Internacional. Su enfoque integral y crítico ofrece perspectivas invaluable para quienes desean comprender las complejidades del reconocimiento de gobiernos y su interacción con los principios clásicos del Derecho Internacional. Mediante la combinación de análisis histórico, teórico y práctico, esta obra no sólo instruye, sino que también invita al lector a reflexionar sobre las implicaciones de estas prácticas en el dinámico contexto de las Relaciones Internacionales actuales.

JONATÁN CRUZ ÁNGELES

Profesor Contratado Doctor

Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales

Universidad de Jaén

jangeles@ujaen.es

Orcid: 0000-0002-8648-5525

**CRÓNICA DE LA
FACULTAD DE DERECHO**



*RESEÑA DEL ACTO DE DEFENSA DE TESIS DOCTORAL
«LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LOS DAÑOS
OCASIONADOS A LOS CONSUMIDORES POR SU INCLUSIÓN
INDEBIDA EN FICHEROS DE SOLVENCIA PATRIMONIAL. VÍAS
Y MODALIDADES DE LESIÓN, PROTECCIÓN, REPARACIÓN Y
RESARCIMIENTO» (ÁREA DE DERECHO CIVIL)*

*«CIVIL LIABILITY ARISING FROM DAMAGES CAUSED TO
CONSUMERS DUE TO THEIR IMPROPER INCLUSION IN
FINANCIAL SOLVENCY FILES. WAYS AND MODALITIES OF
INJURY, PROTECTION, REPARATION AND COMPENSATION»
(CIVIL LAW AREA)*

LAURA ANTÚNEZ ROMERO¹

El pasado día 20 de octubre de 2023, a las 12:30 horas, el profesor del área de Derecho Civil, D. Pedro Ródenas Cortés, realizó el acto de defensa de su tesis doctoral, en el Salón de Grados, de nuestra Facultad de Derecho, con el título «La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados a los consumidores por su inclusión indebida en ficheros de solvencia patrimonial. Vías y modalidades de lesión, protección, reparación y resarcimiento», bajo la dirección del doctor D. Ángel Acedo Penco, profesor titular de Derecho Civil, dentro del programa de doctorado “Economía y Empresa» (R020).

¹ Graduada en Administración y Dirección de Empresas y en Derecho; doctoranda del área de Derecho Civil de la Universidad de Extremadura, adscrita al Grupo de Investigación de Estudios del Derecho de España, Portugal y América Latina (GIDEPA), alumna del Máster en la Abogacía y Procura. Principales líneas de investigación: las nuevas formas familiares y sucesorias, protección del consumidor, privacidad y datos en internet e inteligencia artificial desde el Derecho privado.

Así, es reseñable mencionar al Tribunal Calificador compuesto, en calidad de Presidenta, por la profesora doctora D^a. Estrella Toral Lara, de la Universidad de Salamanca, en la condición de Vocal, el profesor doctor D. Manuel García Mayo, de la Universidad de Sevilla y, como Secretario, el profesor doctor D. Alejandro Platero Alcón, de la Universidad de Extremadura. La calificación otorgada por el Tribunal a la tesis doctoral y su defensa fue de apto con la calificación de sobresaliente *cum laude por unanimidad*.

El doctorando, Sr. Ródenas Cortés, inició su exposición argumentativa, a modo de introducción, sobre el análisis de una de las vertientes derivadas de la protección de los derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal, reconocidos en el artículo 18.4 de la Constitución Española, en concreto, respecto de la conducta, no infrecuente, de la indebida inclusión de ciertas personas en ficheros de solvencia patrimonial sobre el cumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito (ficheros de morosos, en lenguaje coloquial) y la práctica abusiva e ilícita derivada de tales inclusiones, al determinar, también, dicho precepto constitucional, que: «La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

En relación con este derecho autónomo procedió al análisis, desde la óptica constitucional, de la protección de estos derechos fundamentales contemplando las perspectivas teóricas, ideales, reales y efectivas, cuyo examen pormenorizado de impidiendo que dicha salvaguarda se convierta en “un acto meramente ritual o simbólico”, exponiendo su metodología en la confección de su trabajo y siguiendo la tipología teórico-empírica, a través del estudio jurisprudencial de resoluciones tanto del Tribunal Supremo como del propio Tribunal Constitucional.

Seguidamente, expuso al Tribunal de forma sucinta la estructura de su trabajo, configurado en dos partes bien diferenciadas: la primera, relativa a los aspectos teórico-positivos abarcando los capítulos I y II; la segunda parte, corresponde a los capítulos III, IV y V, cuyo estudio se centra en aspectos más pragmáticos de la práctica forense letrada y el estudio casuístico jurisprudencial.

Dentro de los aspectos teórico-positivos (capítulos I y II), fue introduciendo la temática correspondiente de su tesis mediante un enfoque constitucional de los preceptos protectores de la protección de datos personales y el uso ilegítimo de determinados ficheros, en concreto, los sistemas de información crediticia, contemplando las responsabilidades civiles de los encargados y gestores de estos ficheros, así como el encuadre dentro del sistema de responsabilidad civil

extracontractual. Planteado este enfoque dentro del ámbito máximo otorgado por la Constitución Española frente a los derechos vulnerados (arts. 18.1 y 4 CE), realizó un recorrido sobre los antecedentes normativos y jurisprudenciales, en el ámbito europeo y nacional, hasta llegar a la actual Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantías digitales. Para culminar este primer apartado, el doctorando indicó que la Agencia Española de Protección de Datos es la máxima autoridad, dentro del territorio español y, sin excluir, a las agencias autonómicas en la materia, con carácter independiente, para llevar a cabo los procesos de control frente a las infracciones cometidas por particulares y entidades públicas.

El segundo bloque pragmático-jurisprudencial (capítulos III, IV y V) realizó un recorrido analítico sobre los ficheros de solvencia patrimonial, la licitud del tratamiento de datos personales los sujetos responsables y los distintos tipos de ficheros de información crediticia existentes en España, con referencia especial a la Central de Información de Riesgos del Banco de España. Cabe destacar el capítulo IV, titulado “análisis de los requisitos legalmente establecidos para la licitud del tratamiento de los datos personales, en concreto el análisis del art. 20 de la citada Ley Orgánica 3/2018. El corolario a esta introspección sobre los sistemas de información crediticia desembocó en las formas de reparación del daño por el honor lesionado ante la inclusión ilegítima de los datos personales en este tipo de ficheros, normas acerca del derecho a la indemnización están previstas en los arts. 7 y 9.3 LO 1/1982, respecto de la valoración del daño y la determinación del mismo. En este particular, se viene aplicando con carácter preferencial la aplicación de la presunción establecida en el art. 9.3 LO 1/1982, conforme al cual cuando sea producido un daño en el honor de la persona, puede presumirse en cualquier caso en el que conste probada la configuración de un tratamiento ilícito de datos personales “configurada, así como la intromisión que ampara la prueba del daño en la mencionada LO 1/1982”. Queda configurado, en tal sentido, el daño extrapatrimonial o moral considerándolo acreditado *in re ipsa* como consecuencia de la ilicitud que se haya incurrido en el tratamiento de datos personales.

Por lo tanto, toda infracción cometida contra los derechos fundamentales protegidos en la LO 1/1982 podrá sostener un derecho indemnizatorio que carezca de vinculación de cualquier daño producido cuya naturaleza sea patrimonial o económica. Es decir, siempre que conste acreditada la vulneración de los derechos fundamentales, a través del tratamiento ilegítimo de datos personales, se presumirá la existencia de daño

La parte final del trabajo doctoral incluye una serie de conclusiones finales sobre las más recientes posturas de los distintos órganos jurisprudenciales abarcando, especialmente, los años 2022 y 2023, sintetizando las más importantes en las siguientes: Sin el cumplimiento de los requisitos previos (ex art. 20.1 LO 3/2018) se produce una inclusión indebida en un registro de morosos es, evidentemente, una intromisión ilegítima en el derecho al honor, contradiciendo lo dispuesto en art. 38 del RD 1720/2007, de 21 de diciembre, que desarrolla la anterior LOPD 15/1999; art. 20.1. de la vigente LO 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y en aplicación de lo previsto en el art. 9.3 LO 1/1982, al disponer donde establece la presunción iuris et de iure acerca de la existencia de perjuicio siempre que conste acreditada la intromisión ilegítima en el derecho al honor del afectado; Sin embargo, sí que debería ser descartado de este ámbito de protección el derecho a la intimidad al afectar directamente a la dignidad de los individuos y excluyendo, a la esfera íntima de la persona, debiendo ser objeto de consideración por los Tribunales, toda vez que conste acreditada la intromisión ilegítima en el derecho al honor del afectado, la reparación de los perjuicios sufridos como elementos objetivos, tanto patrimoniales como morales al quedar sus datos registrados en este tipo de ficheros de información patrimonial negativa y el régimen de responsabilidad solidaria entre el responsable y el encargado del tratamiento de datos personales, como elemento subjetivo. En la legislación actual, nada se regula respecto de los ficheros positivos en contra de lo sucedido en los países con raíces en el derecho anglosajón y, por último, La dilatada casuística jurisprudencial analizada a lo largo de este trabajo, nos lleva a concluir que el Tribunal Supremo mantiene una postura pacífica y asentada sobre la prohibición del establecimiento declarativo de indemnizaciones simbólicas por los Juzgados de Instancia, al entrar en liza un derecho cuya categoría, otorgada por nuestra Norma Suprema, le hace merecedor del máximo nivel de protección: el derecho fundamental al honor de la persona. No obstante, como es tradición en nuestros órganos jurisdiccionales, en la mayoría de los casos, aquellas indemnizaciones siguen siendo parcas y muy cicateras alejadas de una auténtica compensación acorde con el perjuicio indebidamente sufrido.

En la parte final del acto, el Tribunal Calificador realizó una serie de comentarios para la configuración de futuros artículos académicos destacando, en especial, el esfuerzo del doctorando en la elaboración de su trabajo, el espíritu analítico de cada uno de los apartados estructurales de la tesis y el pormenorizado estudio de las Sentencias plasmadas de forma sintética en un apartado final, cuyos extractos individualizados de los fundamentos jurídicos facilitan la observancia de los

casos referenciados y de gran pragmatismo como repertorio jurisprudencial en cuestiones concretas sobre los sistemas de información crediticia y el tratamiento ilegítimos de datos personales destacando, de forma expresa, la utilidad del trabajo para profesionales y referente de futuros artículos doctrinales.

LAURA ANTÚNEZ ROMERO
Investigadora predoctoral de Derecho Civil
Universidad de Extremadura
laantunez@alumnos.unex.es
Orcid: 0009-0007-2324-3266

CONGRESO INTERNACIONAL: «PROBLEMAS Y DESAFÍOS
DEL DERECHO EN EL SIGLO XXI»

(Área de Derecho Civil)

INTERNATIONAL CONGRESS: «PROBLEMS AND CHALLENGES
OF LAW IN THE 21ST CENTURY»

(Civil Law Area)

LAURA ANTÚNEZ ROMERO

La Facultad de Derecho de la UEx, tuvo el honor de celebrar durante los tres días, 22, 23 y 24 de noviembre de 2022, en el marco del Congreso Internacional: «Problemas y Desafíos del Derecho en el Siglo XXI», bajo la dirección académica de los profesores Ángel Acedo Penco (España) y Ricardo Velásquez Ramírez (Perú), las *Convenciones XXII Latinoamérica y II Euroamericana de Derecho* que se vienen celebrando periódicamente en diferentes países de Iberoamérica, en los últimos 27 años, en el marco de CEDDAL (*Comité para el Estudio y Desarrollo del Derecho en América Latina*), como fueron las realizadas en Ica (Perú) de 1995, Cochabamba (Bolivia) de 1997, Medellín (Colombia) de 1999, Lima (Perú) de 2001, Cochabamba (Bolivia) de 2003, Monterrey (México) de 2005, Santiago de Chile de 2007, de Santo Domingo (República Dominicana) de 2009, de Curitiba (Brasil) de 2011, Cochabamba (Bolivia) de 2013, Lima (Perú) de 2018 y esta última a finales del año 2022 en Cáceres (España).

II CONVENCIÓN EUROAMERICANA DE DERECHO **XII CONVENCIÓN LATINOAMERICANA DE DERECHO**

“Problemas y desafíos del Derecho en el siglo XXI”
22, 23 y 24 de noviembre 2022

ÁREAS:
Derecho constitucional, civil, familia penal, administrativo, internet ambiental, laboral, tributario, filosofía del derecho.

EJES TEMÁTICOS:
Democracia, derechos humanos, sistema de justicia, lucha contra la corrupción, Constitución y ciudadanía global, dignidad humana, y familia, protección del medioambiente, tecnología de la información, enseñanza del derecho.

Lugar de la Convención:
Universidad de Extremadura
Facultad de Derecho
Asia Vieja
Campus Universitario
10003 Cáceres, ESPAÑA
convencion2022@uex.com

COORDINADORES:
Dr. Ángel Acedo Penco (España)
Dr. Ricardo Velásquez Ramírez (América Latina)

ORGANIZAN

UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA
Comunidad Autónoma de Extremadura

JUNTA DE EXTREMADURA
Comunidad Autónoma de Extremadura

UNIÓN EUROPEA
Una manera de hacer Europa
Fondo Europeo de Desarrollo Regional

www.derechoiberoamericano.com.es www.ceddal.com.pe

El magno Congreso Internacional, que aglutinó ambas Convenciones periódicas, contó con la activa participación –conferencias magistrales y ponencias– de ilustres profesores de diversas Universidades de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Hungría, Lituania, México, Perú, Portugal y España.

La organización corrió a cargo de los miembros del *Grupo de Investigación de Estudios del Derecho de España, Portugal y América Latina (GIDEPA)*, grupo catalogado por el Servicio de Gestión y Transferencia de Resultados de la Investigación de la Universidad de Extremadura (SGTRI).

Se matricularon 350 congresistas, que asistieron presencialmente, completando así el aforo máximo del Aula Magna de la Facultad, entre estudiantes, investigadores y profesores, entre otros.

Entre otras líneas de investigación se abordaron como ejes temáticos, la privacidad en el mundo digital, derecho de familia, la protección de los consumidores y del medio ambiente, los derechos humanos, la justicia y su defensa constitucional.

La XXIII Convención de CEDDAL se celebrará en noviembre de 2024 en la ciudad de Monterrey, Estado de Nuevo León, en México.

XII CONVENCIÓN EUROAMERICANA DE DERECHO **XII CONVENCIÓN LATINOAMERICANA DE DERECHO**

“Problemas y desafíos del Derecho en el siglo XXI”
22, 23 y 24 de noviembre 2022

DIRECTORES ACADÉMICOS
Dr. Angel Acedo Penco (Europa)
Dr. Ricardo Velásquez Ramírez (América Latina)

EXPOSITORES

Argentina Néstor Pedro Sagües Julían Portela	Lituania Dalia Perkumienė Daiva Makulienė Violeta Naugokienė
Bolivia Patricia M. Alaniz Rodríguez Julio Franco Pardo Fernández	Malasia Ong Tze Chin
Brasil Adriane Reis de Araujo	México Ella Jiménez Solares James Graham Hiram Zambrano Barralá Gris Jacqueline Prado Carrera Sergio Alejandro Quiroga Chappa Gabriel de Jesús Guayán Gómez Francisco Aguilar Diegdo Luis Antonio Sánchez Sánchez Jesus Alejandro Mendoza Aguirre Elda Ayda de León de la Garza Merlín Leticia Aguilé Bravo Luis Salmorán Coyotl Rosario Brenda Jiménez Noriega Rubén Troilo Villegas Erica Viridiana Cantero Espinosa Alejandra Valeria Ramos Velásquez
Colombia Julia Marcela Daza Rojas Narly Mercedes Valdés Rodríguez	Perú Domingo García Belaunde Carlos Zegarra Cuba
España Emilio Cortés Bechavelli Natalia del Puerto Carrasco Antonio Silva Sánchez Alejandro Palero Alcón Raquel Tovar Pulido Marcial Herrero Jiménez Pedro Ródenas Cortés María Jesús Muelas Santos Cristina Ontoria Egea Tomas Cuellar Montes Ana Torrealba Martínez Juan Francisco Barroso Márquez Giorgio Dario Maria Cienna Cristina Sivetti Alonso Matte Camarero Sarquian	Portugal Carlos Nunes Marlene De Oliveira Xavier Inês Suspi Girão
Hungría Csongor Henke	

EXTREMADURA ESPAÑA

ORGANIZAN
EX CIDEPA CEDDAL

■ www.derechoberoamericano.com.es www.ceddal.com.pe ■

JORNADA EL DIVORCIO EN EL BRASIL ACTUAL

(Área de Derecho Civil)

CONFERENCE DIVORCE IN CURRENT BRAZIL

(Civil Law Area)

LAURA ANTÚNEZ ROMERO²

La jornada académica internacional sobre «El divorcio en el Brasil actual» desarrollada por el Grupo de Investigación de Estudios del Derecho de España, Portugal y América Latina – GIDEPA- se celebró en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de Cáceres, el 7 de noviembre de 2023, bajo la dirección del Dr. Ángel Acedo Penco.

Contó con la conferencia magistral sobre «El divorcio en el Brasil actual: aspectos materiales y procesales en su ordenamiento jurídico», a cargo de la docente e investigadora D^a. Maria Esther Alencar Advíncula D'Assunção, Profesora en la Universidad Federal de Rio Grande del Norte (UFRN), Natal, Brasil; en la Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, UERN, Brasil y

Facultad de Derecho
Cáceres, 7 de noviembre de 2023
Salón de grados, 9:00-14:00 horas

GIDEPA
Grupo de Investigación UEX - 98.837

Jornada académica internacional
El divorcio en el Brasil actual
Director: Ángel Acedo Penco

09:00-09:15 h. - RECEPCIÓN de los asistentes e intervinientes.
09:15-09:25 h. - INAUGURACIÓN: Palabras de bienvenida a la Jornada Internacional por el Ilmo. Sr. Decano de la Facultad de Derecho de la UEX, Prof. Dr. D. Manuel de Peralta Carrasco.
09:25-09:30 h. - Presentación de la conferenciante por el Director de la Jornada.
09:30-10:30 h. - CONFERENCIA MAGISTRAL: «El divorcio en el Brasil actual: aspectos materiales y procesales en su ordenamiento jurídico», a cargo de la docente e investigadora D^a. Maria Esther Alencar Advíncula D'Assunção
Profesora en la Universidad Federal de Rio Grande del Norte (UFRN), Natal, Brasil; en la Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, UERN, Brasil y en la Facultad de Ciências e Tecnologia de Natal, FACTEN, Brasil; Master en Derecho Constitucional y Derecho Procesal Civil, Abogada Ilustre adscrita a la "Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional do Rio Grande do Norte" y vice-presidente da "Comissão de Estudos Constitucionais".
10:30-10:55 h. - COLOQUIO: Preguntas de los asistentes, alumnos y profesores, a la profesora conferenciante, respuestas y debate.
10:55-11:00 h. - DESPEDIDA: a la conferenciante por el Ilmo. Sr. Decano de la Facultad.
11:00-11:30 h. - Fin de la primera parte y recess
11:30-13:30 h. - DEFENSA DE LAS COMUNICACIONES ESCRITAS PRESENTADAS: por los docentes e investigadores de Derecho Civil: Dr. Pedro Ródenas Cortés, profesor de Derecho Civil; D^a Cristina Clintora Egea, Secretaria Académica del Máster de la Abogacía (MUAP) y profesora de Derecho Civil; Maria Jesú Macías Santos, profesora de Derecho Civil; y Laura Antúnez Romero, graduada en ADE-Derecho, estudiante del MUAP y becaria de investigación de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura.
13:30-14:00 h. - CONCLUSIONES Y CIERRE DE LA JORNADA
Organiza: GIDEPA "Grupo de Investigación de Estudios del Derecho de España, Portugal y América Latina". Facultad Derecho. UEX. Cáceres (España)

ASISTENCIA LIBRE, para los alumnos, investigadores y profesores de la UEX hasta completar el aforo
¡Síguenos en las redes sociales!

² Graduada en Administración y Dirección de Empresas y en Derecho; doctoranda del área de Derecho Civil de la Universidad de Extremadura, adscrita al Grupo de Investigación de Estudios del Derecho de España, Portugal y América Latina (GIDEPA), alumna del Máster en la Abogacía y Procura. Principales líneas de investigación: las nuevas formas familiares y sucesorias, protección del consumidor, privacidad y datos en internet e inteligencia artificial desde el Derecho privado.

en la Faculdade de Ciências e Tecnologia de Natal, FACITEN, Brasil; Master en Derecho Constitucional y Derecho Procesal Civil, Abogada litigante adscrita a la “Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional do Rio Grande do Norte” y vicepresidente da “Comissão de Estudos Constitucionais”.

Posteriormente tuvo lugar la defensa de las comunicaciones escritas presentadas por los docentes e investigadores de Derecho Civil: Dr. Pedro Ródenas Cortés, profesor de Derecho Civil; D^a Cristina Cintora Egea, Secretaria Académica del Máster de la Abogacía (MUAP) y profesora de Derecho Civil; D^a María Jesús Macías Santos, profesora de Derecho Civil; así como por la investigadora Laura Antúnez Romero, graduada en ADE-Derecho, estudiante del MUAP y becaria de investigación de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura.

Asistieron más de 200 personas, la mayoría estudiantes, así como profesores e investigadores de la Facultad de Derecho. Tras las intervenciones se abrieron coloquios, sobre todo por los estudiantes, así como algunos profesores e investigadores, realizando los primeros numerosas preguntas a la profesora brasileña, planteando un interesante debate sobre el proceso y la evolución del vigente Derecho de familia en el Brasil.

La Jornada estuvo organizada por GIDEPA, *Grupo de Investigación de Estudios del Derecho de España, Portugal y América Latina*, de la Facultad Derecho, UEX. Cáceres (España), fue de asistencia libre para los alumnos, investigadores y profesores de la UEX y tenía como finalidad ampliar los horizontes formativos de los alumnos, más allá de la formación reglada, y debatir sobre el futuro del derecho matrimonial en el contexto hispano-brasileño.

Más información en: <https://www.gidepa.com.es/jornadas/2023-divorcio-brasil>

CONGRESO DE DERECHO DEPORTIVO DEPORTE Y CULTURA

CONGRESS OF SPORTS LAW SPORTS AND CULTURE

LAURA ANTÚNEZ ROMERO

Se desarrolló tan destacado evento durante los días 18, 19, 20 y 21 de septiembre de 2023 con ocasión de la Presidencia del Consejo de la Unión Europea, por parte de España, y de la designación de la ciudad de Cáceres, por parte del Pleno del Comité Organizador, como ciudad para la reunión de los ministros de Cultura y Deporte, durante los días 25 y 26 de septiembre. A raíz de dicho evento, el *Grupo de Investigación Estudios del Derecho de España, Portugal y América Latina (GI-DEPA)*, bajo la Dirección y coordinación del Dr. Peralta Carrasco, en cooperación con la Facultad de Derecho y el Ilustre Colegio de Abogados de Cáceres, acompañados por instituciones públicas como el Ayuntamiento de Cáceres, y la Facultad de Ciencias del Deporte; y por empresas privadas, se propusieron hacer visible la relevancia y los valores del Deporte; así como la regulación general y la conflictividad legal de diferentes disciplinas deportivas.



ORGANIZAN:



PATROCINAN:



COLABORAN:



El congreso fue presentado oficialmente por el decano del Colegio de Abogados de Cáceres, D. Carlos Alberto Montero; el decano de la Facultad de Derecho, Dr. Manuel de Peralta Carrasco; el decano de la Facultad de Ciencias del Deporte, Dr. Tomás García Calvo, y el concejal de Deportes del Ayuntamiento de Cáceres, D. Emilio Borrega.

En las jornadas congresuales tomaron parte conferenciantes nacionales e internacionales de primer orden, tanto en la sección jurídica como en la deportiva; contando con juristas procedentes del FIFA, Consejo Superior de Deportes, Abogados del Estado, letrados de federaciones deportivas, letrados de Clubes deportivos de primera división, de Clubes regionales, magistrados, y profesores administrativistas, penalistas, civilistas, laboralistas, y periodistas. Habiendo contado, entre otros ponentes con Emilio García Silveiro Letrado jefe de la FIFA, o con María José López, responsable del Gabinete Jurídico de la Asociación de Futbolistas Españoles. Siendo Clausurado por el experto Nick Stewart, miembro del Panel de Mediadores y Árbitros de Sport Resolutions y del Panel Judicial Antidopaje de World Rugby.

Igualmente el evento ha contado con la participación de deportistas internacionales como el oro olímpico en escalada Alberto Ginés, la piragüista Estefanía Fernández, el tricampeón del mundo en paratriatlón Kini Carrasco, el bicampeón del mundo en marcha Álvaro Martín y el diploma olímpico en lanzamiento de martillo Javier Cienfuegos, para contar sus experiencias y problemas antes los que se enfrentan en el desarrollo de su actividad profesional; siendo un total de 50 ponentes los que expusieron sus conocimientos en conferencias y mesas redondas frente a unas 200 personas incluidos los presentes y asistentes en *streaming*.

Así mismo, y de forma complementaria, pero en el mismo contexto de Deporte y Cultura, en la Sede de Fundación Caja Almendralejo, sita en Cánovas (Cáceres) el día 19, a las 20:00 horas se realizó un fructífero encuentro con dos representantes Internacionales de la Federación española Rugby para debatir sobre el valor del esfuerzo, y el trabajo en equipo. Y el día 20, a las 19:30 horas otro encuentro cultural que, con el apoyo de Consejo Extremeño del Movimiento Europeo, contó con la presencia de varios ponentes para hablar de las Actas de la Haya y sobre cultura; organizado en colaboración con la Académica Europea de Yuste.

Este Congreso ha sido un ejemplo de cooperación entre Centros Universitarios como son el de Derecho y el de Ciencias del Deporte; que han sabido aunar

materias, aparentemente tan dispares; como el Derecho y la Ciencia del Deporte; pero que a la postre, están íntimamente vinculados. Siendo, así mismo, un ejemplo de Cooperación entre la Universidad y la sociedad, representada por instituciones como el Ilustre Colegio de Abogados de Cáceres; que de forma clara, y sin fisuras muestra una permanente colaboración con la Universidad de Extremadura, habiendo participado como promotor imprescindible de citado Congreso.