

PROPOSTAS DE MODERNIZACION DO DEREITO

**Mónica García Goldar
Julia Ammerman Yebra
(Directoras)**

PROPOSTAS DE MODERNIZACIÓN DO DEREITO

O presente libro está financiado polo programa Iniciativa Xove da Dirección Xeral de Xuventude, Participación e Voluntariado da Xunta de Galicia.

1ª edición, 2017

Todos os dereitos reservados. Queda rigorosamente prohibida a reprodución, copia ou transmisión, xa sexa total ou parcial, desta obra, por calquera medio ou procedemento, incluídos a reprografía e o tratamento informático, sen a autorización previa dos titulares do Copyright.

© Mónica García Goldar e Julia Ammerman Yebra, 2017

ISBN: 978-84-697-8777-9
Depósito Legal: C 2229-2017
Imprime: Campus na nube, S.L.
Santiago de Compostela

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

PRESENTACIÓN 5

LA ESPERADA NUEVA REGULACIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA EN
EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL A LA LUZ DEL ART. 12 DE LA CONVENCIÓN
DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD, DE 13 DE DICIEMBRE DE 2006 7
María Paz García Rubio

A VIOLENCIA CONTRA A MULLER NOS CASOS DE SUBTRACCIÓN
INTERNACIONAL DOS MENORES 19
Ignacio Varela Castro

¿COMO ACERCAMOS AOS MOZOS Á REALIDADE DA VIOLENCIA NA
PARELLA? ALGUNHAS PROPOSTAS DENDE O DEREITO 41
María Castro Corredoira

LA EXPOSICIÓN DE MENORES A ACTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO
COMO AGRAVANTE: ESTUDIO JURISPRUDENCIAL 65
Natalia Pérez Rivas

VIOLENCIA DE GÉNERO, JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN 83
Cristina Alonso Salgado

VICIOS E VIRTUDES DA REGULACIÓN GALEGA EN MATERIA DE
LIQUIDACIÓN SUCESORIA E ALGUNHA PROPOSTA *DE LEGE FERENDA* 95
Mónica García Goldar

PROCESO PENAL Y TWITTER: MANUAL DE INSTRUCCIONES..... 111
Ana Rodríguez Álvarez

LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL SUBACUÁTICO EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL Y BRASILEÑO..... 127
Rubén Miranda Gonçalves

DIFICULTADES EN LA SANCIÓN DE LOS DELITOS CONTRA EL MEDIO
AMBIENTE..... 139
Daniel González Uriel

PROBLEMAS DE LAS PAREJAS DE HECHO..... 177
Marta Blanco Iglesias

LA REALIDAD ACTUAL DE LOS NIÑOS CON CÁNCER: RETOS JURÍDICOS
Y PROPUESTAS DE FUTURO..... 185
Eugenia Amoedo Lusquiños

PRESENTACIÓN

A presente obra trae causa nas xornadas celebradas os días 28 e 29 de setembro de 2017 na facultade de Dereito da Universidade de Santiago de Compostela tituladas **“Propostas de modernización do Dereito en cuestións que afectan á mocidade”**. Esta iniciativa levouse a cabo grazas ao programa Iniciativa Xove da Dirección Xeral de Xuventude, Participación e Voluntariado da Xunta de Galicia, e respondeu ás inquiredanzas e preocupacións de seis mozos xuristas: tres doutorandas de dereito da Universidade de Santiago de Compostela, Mónica García Goldar, Julia Ammerman Yebra e María Castro Corredoira; o xuíz do xulgado de primeira instancia nº 11-reforzo de Bilbao, Daniel González Uriel; o notario de Monforte de Lemos, Diego Rosales Rodríguez; e a rexistradora da propiedade de Monforte de Lemos, Marta Blanco Iglesias.

Tradicionalmente, este tipo de xornadas viñéronse realizando dende unha perspectiva extremadamente académica e ás veces lonxe da realidade e da vida cotiá da cidadanía. O carácter innovador destas xornadas veu dado non só pola materia abordada, senón tamén polo formato, xa que non son frecuentes as sinerxias e encontros entre o ámbito académico-xurídico e os colectivos sociais afectados polas normativas que se estudan. Nesta ocasión, puidemos contar coa colaboración das asociacións **DOWN GALICIA** (Federación Galega de Institucións para a síndrome de Down), **ASANOG** (Asociación de Axuda a Nenos Oncolóxicos de Galicia) e **VELALUZ** (Asociación galega para a defensa de mulleres e nenos superviventes da violencia de xénero e/ou abusos), que non dubidaron en participar en canto se lles fixo a proposta. Deste xeito, conseguimos que nestas xornadas tivese lugar un intercambio de coñecemento e experiencias por parte de varios sectores da sociedade: xuristas académicos da Universidade de Santiago de Compostela, profesionais prácticos do Dereito, representantes e membros das tres asociacións citadas, e mozos e mozas asistentes.

Dentro dos profesionais do Dereito cos que tivemos a sorte de colaborar atópanse a xuíza Lorena Tallón García, do xulgado nº 1 de Noia, con competencia en materia de violencia de xénero; os avogados Lisardo Núñez Pardo de Vera e Rubén Aguilar Bello, ambos exercentes en Santiago de Compostela; a fiscal Arancha Sanjosé González, de Santiago de Compostela, e o notario José María Rilo Nieto, de Rianxo.

Tamén tivemos o privilexio de contar, dentro do ámbito académico, coa catedrática de Dereito Civil e vogal da Sección Primeira da Comisión Xeral de Codificación, María Paz García Rubio; o catedrático de Dereito Internacional Privado, Santiago Álvarez González; a profesora de Dereito Penal, Natalia Pérez Rivas; as profesoras de Dereito Procesal, Cristina Alonso Salgado e Ana Rodríguez Álvarez; a profesora de Dereito Administrativo, Andrea Garrido Juncal; o investigador posdoutoral Ricardo Pazos Castro, e os doutorandos Ignacio Varela Castro e Rubén Miranda Gonçalves.

En canto aos representantes das asociacións, nestas xornadas participaron Eugenia Amoedo Lusquiños, membro da directiva de ASANOG; Susana Rodríguez Moreiras e Mercedes Alonso López, representantes da Federación DOWN Galicia; e Gloria Vázquez Portas, presidenta de VELALUZ.

A temática abordada neste encontro incluíu asuntos que nos preocupan aos mozos e mozas galegas, como a presenza da violencia de xénero en idades temperás, a realidade e o deficitario réxime galego das parellas de feito, e a reivindicación de que os nenos con cancro poidan beneficiarse de determinadas prestacións sociais, entre outros temas.

Se ben é certo que este libro non pode recoller todo o que se falou, alomenos cremos que é bo reflexo do espírito crítico e comprometido que predominou nas xornadas.

Por último, gustaríanos aproveitar esta presentación para agradecer á Dirección Xeral de Xuventude, Participación e Voluntariado da Xunta de Galicia, ao Grupo de investigación *De Conflictu Legum*, á Facultade de Dereito da Universidade de Santiago de Compostela, ás Asociacións DOWN, ASANOG e VELALUZ, e a todas e cada unha das persoas que colaboraron neste proxecto, pola súa participación desinteresada. Son moitas e sería moi difícil poder nomealas a todas; agora ben, non podemos deixar de facer unha mención especial ás doutoras María Paz García Rubio e Marta Otero Crespo, pola súa inestimable axuda, paciencia, impulso e inspiración.

Sen toda esta axuda, nós, que aínda temos moito que aprender, non poderíamos estar presentando agora esta obra.

*Mónica García Goldar
Julia Ammerman Yebra*

**LA ESPERADA NUEVA REGULACIÓN DE LA CAPACIDAD
JURÍDICA EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL A LA LUZ DEL ART.
12 DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE
LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, DE
13 DE DICIEMBRE DE 2006**

María Paz García Rubio
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela
Vocal de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación

TITLE: *The expected new regulation of the legal capacity in the Spanish Civil code in light of art. 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 13 December 2006.*

RESUMEN: La contribución trata de hacer un bosquejo de lo que han de ser las líneas generales de la nueva regulación del Código civil español en tema de discapacidad, nueva regulación destinada a cumplir con las exigencias de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y muy en particular con las derivadas de su art. 12. Para ello la autora destaca las ideas clave contenidas en el mencionado precepto convencional, para a continuación poner de relieve los principales pasos que es preciso ensayar, algunos de los cuales ya han sido dados por la más reciente jurisprudencia dictada en la materia. Concluye el trabajo con las más relevantes ideas que se desprenden de las reglas bosquejadas hasta ahora en los trabajos de la Comisión prelegislativa de la que la autora forma parte.

ABSTRACT: *This contribution tries to present the outlines of the new regulation of the Spanish Civil code concerning disability, new regulation intended to satisfy the requirements of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, especially those resulting from art. 12. To this end, the author highlights the main ideas contained in the aforementioned article to consecutively spotlight the principal steps that should be taken, some of which have already been undertaken by the most recent case-law. The paper concludes with the most relevant ideas arising from the work that the pre-legislative Commission has done, of which the author is a member.*

PALABRAS CLAVE: capacidad jurídica, Código civil, discapacidad, sistema de apoyos.

KEYWORDS: *legal capacity, Civil code, disability, support system.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN AL TEMA. II. IDEAS FUERZA CONTENIDAS EN EL ART. 12 CNUPD. 2. IDEAS FUERZA CONTENIDAS EN EL ART. 12 CNUPD. 3. ¿CÓMO SE PASA DE UN RÉGIMEN DE SUSTITUCIÓN A UNO DE APOYOS CON SALVAGUARDAS? 4. LAS LÍNEAS MAESTRAS DEL TRABAJO REALIZADO EN LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN Y EL CAMINO ALLANADO POR EL TRIBUNAL SUPREMO.

1. INTRODUCCIÓN AL TEMA

Como reza el título que rubrica estas palabras, el objeto de la presente contribución radica en la exposición de las líneas básicas que previsiblemente va a seguir el Código civil español en un futuro próximo si se toman en consideración los trabajos que, hace ya tiempo, viene realizando la Sección Primera de la Comisión General de Codificación para adaptar dicho texto (y otros concordantes, como la Ley Hipotecaria, por ejemplo) a las exigencias derivadas del art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas, hecha en

Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, sobre derechos de las personas con discapacidad (en adelante CNUDP), ratificada por el Reino de España en Instrumento de 2 de noviembre de 2007 y publicada en el BOE de 23 de abril de 2008.

Han sido muchas las voces que han resaltado el giro realmente copernicano que supone la Convención en lo que atañe al tratamiento jurídico de la discapacidad, al poner el foco del mismo en la consideración de estas personas como sujetos plenos de los derechos humanos en igualdad de condiciones que los demás, lo que significa que no se trata ya que los sistemas jurídicos establezcan mecanismos de protección y tutela de estas personas en razón de su condición de personas con discapacidad, sino que, como en cualquier otro titular de derechos, se parta también para ellos de principios como el respeto a la dignidad inherente a la persona, la autonomía individual –incluida la libertad para tomar las propias decisiones–, la independencia de cada ser humano, la no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, la igualdad de oportunidades, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como manifestación de la diversidad y la condición humana.

Con estas premisas, es palmario desde cualquier punto de vista, que la aplicación directa del texto internacional derivada del valor que le confiere el art. 96 de la Constitución Española no obviaba, sino más bien todo lo contrario, la necesidad de que el legislador español realizase una labor de adaptación de su ordenamiento jurídico interno a los dictados de la Convención, que ha contado con algunos hitos notables como la Ley 26/2011, de 1 de agosto, llamada precisamente de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Esta ley, cuyo contenido hace un barrido por distintas normas con rango de ley que afectan a cuestiones tan variadas como igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, la extracción y trasplante de órganos, la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, la reproducción asistida, o el estatuto del empleado público, entre otras varias, fue sin embargo expresamente consciente de que quedaban todavía muchos aspectos por adaptar a la nueva Convención. Por ello, dedicó algunas de sus disposiciones postreras a ordenar la elaboración de otros textos legales; así sucedió con la Disposición Final Segunda que ordenaba al Gobierno la refundición de determinados textos legales y que dio lugar al RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

Mucho más complicado ha demostrado ser el dar cumplimiento a lo dispuesto en la Disposición Adicional Séptima de la citada Ley 26/2011, que con la denominación de “Adaptación normativa relativa al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones”, instaba al Gobierno para que, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, remitiera a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las

Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen.

Muchos años después el mandato normativo sigue sin estar culminado, aunque es justo decir que algunos pasos sí se han dado, sobre todo por parte de la doctrina y de la jurisprudencia que en buena parte en ella se inspira. Tampoco creo que debamos rasgarnos las vestiduras por el retraso, y no solo porque de nada sirve hacerlo, sino también y sobre todo porque el empeño tiene la suficiente enjundia – se trata, sin lugar a dudas, del mayor reto que la Convención representa para cualquier ordenamiento jurídico, reto que también es el más difícil- como para acometerlo con el mayor cuidado y tomándose el tiempo necesario para hacerlo de la mejor manera posible.

Para intentar dar una cabal idea de lo que tal labor significa, en lo que atañe al Código civil español (y, como he dicho, a otros textos estatales afectados, sobre todo la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero también la Ley Hipotecaria, por ejemplo), las páginas que siguen se dedicarán de modo sucesivo a tres temas: el primero, la exposición de las ideas fuerza que sustentan el art. 12 de la CNUPD y sobre las que habrá de basarse la nueva regulación española (en este caso estatal, pero a la que también deberían acomodarse las legislaciones autonómicas competentes, cuestión sobre la que no puedo aquí entrar); el segundo, el perfilado de las líneas que han de marcar el paso de un sistema como el que tenemos todavía en vigor en nuestro Código civil, a un sistema nuevo, como el que diseña la CNUPD; el tercero y último, la relación sucinta de cómo se pretenden plasmar esas ideas en el nuevo Código civil español, de acuerdo con la propuesta que, más temprano que tarde, habrá de hacer la Sección Primera de la Comisión General de Codificación.

2. IDEAS FUERZA CONTENIDAS EN EL ART. 12 CNUPD

Con la rúbrica, un tanto equívoca, de “Igual reconocimiento como persona ante la ley”, el art. 12 CNUPD tiene el siguiente contenido:

- 1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.*
- 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.*
- 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.*
- 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos.*

Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

Aunque tan extenso texto daría para una exégesis mucho más dilatada, me voy a limitar aquí a señalar las tres ideas básicas que, a mi juicio, contiene este artículo si de lo que se trata es de influir en un ordenamiento jurídico como el nuestro, esto es, perteneciente a un sistema codificado de corte eminentemente continental y en el que ya, por hipótesis, se respetan los derechos humanos o, al menos, se respetan en sus líneas más diáfnas.

Tres son a mi juicio tales ideas. La primera la de capacidad jurídica, que se menciona en el párrafo segundo del citado art. 12 y que, como ha señalado expresamente la Observación General número 1 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, publicada en 2014, incluye tanto la capacidad de ser titular de derechos, como la capacidad de ejercerlos. Por consiguiente, el término no se identifica con el capacidad jurídica en el sentido que tradicionalmente se le ha dado en nuestro Derecho, esto es equivalente al de personalidad jurídica (capacidad legal según el Informe del Comité de Derechos Humanos de la ONU), sino que abarca también la capacidad de ejercer tales derechos, esto es, lo que tradicionalmente hemos denominado capacidad de obrar y que el citado Comité prefiere designar como legitimación para actuar.

Pues bien, más allá de la cuestión terminológica, parece evidente que el aspecto de la capacidad jurídica que habitualmente se niega o en el que se discrimina a la persona con discapacidad en los ordenamientos jurídicos digamos modernos, ha sido el segundo, es decir, en la capacidad de estas personas en igualdad de condiciones que las demás, para el ejercicio de actos con transcendencia jurídica, como pueden ser, entre muchos otros y solo a título de ejemplo, los de votar, contraer matrimonio, testar, vender, comprar, pedir préstamos, consentir o no a determinados actos médicos, o incluso otros aparentemente más modestos como la toma de decisiones sobre el propio domicilio o residencia.

Y ello ha sido así porque el sistema tradicional seguido en estos ordenamientos se basa en un modelo protector del discapacitado, que exige trabajar con la idea de sustitución de estas personas en la toma de las decisiones que les afecten, sobre todo en caso de

discapacidad cognitiva de cierta entidad; sería algo así como lo siguiente: puesto que estas personas no tenían capacidad cognitiva (no saben bien lo que hacen) lo que el Derecho debe procurar es que alguien con plena capacidad de decisión decida por ellos lo que más les conviene. Se trata pues, de un modelo de sustitución en la toma de decisiones, de carácter eminentemente paternalista y basado en la idea del mejor interés de la persona con discapacidad. Baste con decir, por el momento, que el art. 12 CNUPD rompe con este modelo que, para mayor claridad, ha de considerarse radicalmente incompatible con el contenido de la Convención.

En este nuevo escenario surge la segunda de las ideas fuerzas a las que antes hice mención; el modelo sustitutivo en la toma de decisiones ha de ser reemplazado por el de apoyo a la persona con discapacidad en la toma de sus propias decisiones, tal y como se reconoce en el párrafo tercero del reiterado art. 12.

Aunque también sobre este concepto cabría hacer muchas precisiones, me limito a señalar que, tal y como la ya citada Observación General de 2014 señala, apoyo es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones, desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona discapacitada. Luego apoyo no es simplemente la medida de autoridad institucionalizada y reglada en un Código o en otra norma del rango y naturaleza que sea; apoyo es un término mucho más amplio que a veces puede encontrarse en realidades puramente fácticas y que en otras requerirá una más acabada construcción técnico-jurídica.

Finalmente, y con ello llego a la tercera de las ideas clave que deseaba apuntar, cabe decir que con el fin de asegurar que las medidas de apoyo no suponen el regreso por la puerta de atrás a los sistemas sustitutivos de la capacidad de obrar que se quieren expulsar del nuevo sistema, el art. 12.4 CNUPD establece la necesidad de que los Estados establezcan en sus ordenamientos jurídicos, además de los apoyos, todas las medidas de salvaguarda que sean adecuadas y efectivas para que el nuevo modelo se respete, es decir, se establezcan las garantías que sean necesarias para asegurar el reconocimiento *tout court* de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos y la toma de sus propias decisiones. Dice la reiterada Observación que estas medidas estarán destinadas a asegurar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona y que cuando no sea posible determinar esa voluntad y esas preferencias después de haber hecho un esfuerzo considerable, el modelo del “interés superior” o del “mejor interés” de la persona con discapacidad debe ser sustituido por el de “la mejor interpretación posible de su voluntad y sus preferencias”. Por consiguiente, debe de quedar claro que el concepto de interés superior no es una salvaguarda o garantía válida en relación con las personas adultas, puesto que las personas con discapacidad no son menores de edad, y lo que vale para estas no es aplicable a para aquellas.

Señalaré por último, en relación a esta tercera idea fuerza, que las salvaguardas que se diseñen en los sistemas jurídicos que acojan la Convención no solo han de garantizar la toma de decisiones por la persona con discapacidad, con los apoyos que sean necesarios, sino que también deben impedir, en su caso, que la persona que presta apoyo ejerza influencia indebida (miedo, amenazas, agresión, manipulación, etc.) sobre la persona discapacitada.

3. ¿CÓMO SE PASA DE UN RÉGIMEN DE SUSTITUCIÓN A UNO DE APOYOS CON SALVAGUARDAS?

Para responder a la pregunta antecedente he de apuntar que los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones pueden revestir muchas formas diferentes; entre ellas, la más conocida entre nosotros es la tutela entendida en su modo más plena, esto es, como supuesto de representación legal general o cuasi-general en el que el tutor toma las decisiones por el tutelado y ha de hacerlo además en su mejor interés (cf. *ad. ex. art. 216 CC* “en beneficio del tutelado”); pero también responden en cierta medida al mismo modelo las figuras de sustitución parcial o limitada, como pudiera ser según alguna concepción la que en nuestro Código actual se denomina curatela (art. 289 CC, aunque también con los matices que se derivan del concepto de “asistencia” contenidos en este precepto y que la mayoría de la doctrina viene considerando como mero “complemento” de una capacidad de actuar que, por hipótesis, sería incompleta).

Lo cierto es que estos regímenes tienen, según el varias veces aludido Comité de la ONU en sus Observaciones de 2014, ciertas características en común, puesto que son sistemas en los que: i) se despoja a la persona de la capacidad jurídica, aunque sea con respecto a una única decisión; ii) puede nombrar al sustituto que tomará las decisiones alguien que no sea la persona concernida y ese nombramiento puede hacerse en contra de su voluntad; y iii) toda decisión adoptada por el sustituto en la adopción de decisiones se basa en lo que se considera el "interés superior" objetivo de la persona concernida, en lugar de basarse en su propia voluntad y sus preferencias.

Pues bien, como ya he anticipado, la CNUPD obliga a que expulsar de los ordenamientos jurídicos de los Estados destinatarios este tipo de regímenes y este tipo de figuras, que habrán de ser sustituidas por sistemas de apoyo en la toma de decisiones que han de pilotar las propias personas con discapacidad. Estos nuevos sistemas pueden ser diversos y pueden ser diseñados y modulados por cada ordenamiento jurídico según sus propios principios estructurales, sus preferencias o sus exigencias; no obstante, en todo caso, según el Comité de la ONU, han de respetar los siguientes postulados:

- a) El apoyo para la adopción de decisiones debe estar disponible para todos.
- b) Todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluidas las más intensas, deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo.
- c) El modo de comunicación de una persona no debe ser un obstáculo para obtener apoyo en la adopción de decisiones, incluso cuando esa comunicación sea no convencional o cuando sea comprendida por muy pocas personas.

- d) La persona o las personas encargadas del apoyo que haya escogido oficialmente la persona concernida deben disponer de un reconocimiento jurídico accesible. Esto debe incluir un mecanismo para que los terceros comprueben la identidad de la persona encargada del apoyo, así como un mecanismo para que los terceros impugnen la decisión de la persona encargada del apoyo si creen que no está actuando en consonancia con la voluntad y las preferencias de la persona concernida.
- e) Las personas con discapacidad han de poder obtener ese apoyo a un costo simbólico o, mejor aún, gratuitamente, de modo que la falta de recursos financieros no sea un obstáculo para acceder al apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica.
- f) El apoyo en la adopción de decisiones no debe utilizarse como justificación para limitar otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad, especialmente el derecho de voto, el derecho a contraer matrimonio, o a establecer una unión civil, y a fundar una familia, los derechos reproductivos, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad.
- g) La persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento.
- h) Deben establecerse salvaguardas para todos los procesos relacionados con la capacidad jurídica y el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, con el objetivo de garantizar que se respeten la voluntad y las preferencias de la persona.
- i) La prestación de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica no debe depender de una evaluación de la capacidad mental; muy al contrario, para ese apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica se requieren indicadores nuevos y no discriminatorios.

Una elemental reflexión sobre las exigencias que se acaban de exponer deja bien a las claras las dificultades tanto valorativas como meramente técnicas a las que se enfrenta el encargado de adaptar el Código civil español al nuevo modelo. No en vano, el avezado Ministerio Fiscal de la STS de 2009 sobre la que inmediatamente me detendré, calificó la necesaria aplicación del art. 12 de la CNUPD de verdadero “desafío para nuestro sistema”.

4. LAS LÍNEAS MAESTRAS DEL TRABAJO REALIZADO EN LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN Y EL CAMINO ALLANADO POR EL TRIBUNAL SUPREMO

Ya he anticipado más arriba que aunque el Código civil español no haya sido todavía modificado en este punto, la Convención de Nueva York ya ha tenido un profundo impacto en nuestro sistema, en especial en lo que se refiere al nuevo significado de la capacidad jurídica y al pleno reconocimiento de la misma a las personas con discapacidad, incluyendo muy especialmente el aspecto que atañe a la toma de sus propias decisiones cuando estas hayan de producir efectos jurídicos, lo que es tanto como decir, al pleno reconocimiento de su capacidad de obrar o, si se prefiere, de su legitimación para actuar.

Ante la inacción del legislador ha sido la jurisprudencia la encargada provisionalmente de hacer el tránsito; lo ha hecho a través de una interpretación que me atrevo a llamar pro-Convención de las normas codificadas vigentes, al menos cuando estas o en la medida en que estas, lo permitan. Se puede decir que la resolución que dio el pistoletazo de salida a esta nueva concepción fue la STS de 29 de abril de 2009, en la que fue ponente la entonces magistrada del Tribunal Supremo, y que hoy lo es del Tribunal Constitucional, Dña. Encarna Roca i Trías. La sentencia traía su causa en un proceso de incapacitación instado por dos hijas de la demandada, Dña. Victoria a la que posteriormente se adhirió una tercera, y con el que esta y otros hijos no estaban conformes. En primera instancia el juzgado estimó la demanda de incapacitación al entender que “D^a Victoria, no puede gobernarse por sí misma, y en consecuencia y por tanto y en su beneficio y de los hijos, procede declararla incapaz total y absolutamente y nombrarle tutor”; en realidad nombró tutor en su persona y bienes a dos de las hijas y a un tercero como tutor de sus bienes. D^a Victoria apeló la sentencia a través de sus hijos D. Carlos Alberto, D^a Ariadna y D. Juan Antonio, actuando en representación y defensa de la presunta incapaz. La sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 20 marzo 2006 desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia apelada; tras hacer diversas consideraciones de orden médico y jurídico, concluyó que “[...] evidentemente la demandada D^a Victoria es una persona necesitada de protección, que sólo cabe obtener legalmente a través de los mecanismos de guarda, protección o custodia previstos en la Ley, por lo que aparece como necesaria la declaración de incapacidad de la misma; y teniendo en consideración la importante cuantía de su patrimonio así como la situación de permanente enfrentamiento entre sus hijos, con dos grupos bien diferenciados, en orden a garantizar la mejor defensa de su persona y patrimonio, ha de considerarse plenamente adecuado que lo sea en su modalidad de incapacidad total con la constitución de la correspondiente tutela, tal y como ha hecho la sentencia de instancia. Y ello viene corroborado por la propia actitud de los mismos hijos recurrentes, quienes, por un lado, se oponen a la declaración de incapacidad de la madre y, por otro, están actuando de hecho como si tal incapacidad existiera, [...] Por lo que este primer motivo de impugnación no puede ser acogido, debiendo ser mantenido el pronunciamiento de la sentencia impugnada que declara a la demandada D^a Victoria incapaz de modo absoluto y permanente para regir su persona y administrar sus bienes, con la consiguiente constitución de la tutela”.

Frente a esta sentencia se presentó el recurso de casación en el que resulta de especial interés el escrito del Ministerio Fiscal, que era un buen panegírico de la Convención de Nueva York y en el que se decía que “[...] la curatela, reinterpretada a la luz de la Convención, desde el modelo de apoyo y asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, parecen la respuesta más idónea. De un lado porque ofrece al juez, el mecanismo más eficaz para determinar las medidas de apoyo para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar. De otro, porque la curatela ofrece un marco graduable y abierto, en función de las necesidades y las circunstancias de apoyo en la toma de decisiones. Ya no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan

falta”. No obstante en este caso, la sentencia de casación no siguió totalmente la opinión del Ministerio Fiscal sino que, partiendo de la necesaria integración de los preceptos convencionales, constitucionales y legales, admitió expresamente la compatibilidad con la CNUPD de los sistemas de protección establecidos en los ordenamientos jurídicos como el nuestro. También reconoció que tal sistema de protección no debe ser rígido, en el sentido de que no debe ser estándar, sino que se debe adaptar a las conveniencias y necesidades de protección de la persona afectada y además, constituir una situación revisable, según la evolución de la causa que ha dado lugar a tomar la medida de protección. A pesar de lo cual en el caso de autos la sentencia consideró que D^a Victoria estaba afectada por una incapacidad total y permanente que limitaba funcionalmente la capacidad para regir su persona y administrar sus bienes y que justificaba para este caso la constitución de la tutela.

La chispa del cambio ya había prendido en el Tribunal Supremo y el desafío que representaba esta nueva concepción fue aceptado con todas sus consecuencias en sucesivos casos que llegaron al Alto Tribunal; en consecuencia, la figura representativa general que supone la tutela y que ha sido durante mucho tiempo la medida de protección mayoritariamente utilizada como consecuencia de los procedimientos de la antes mal llamada “incapacitación” y ahora igualmente mal denominada “modificación judicial de la capacidad”, está siendo progresivamente desplazada por la curatela, figura que es considerada más flexible y menos intrusiva y, por lo tanto, más respetuosa con la CNUPD. Aunque existen ya muchas decisiones en este sentido, por tratarse de una de las más recientes y completas me permito destacar la STS 16 de mayo de 2017, en la que la Ponente es D^{ña} M^a Ángeles Parra Lucán. Se trataba de un caso en el que tanto la sentencia de primera como la de segunda instancia habían sometido a la persona con discapacidad, enfermo de Alzheimer y con deterioro cognitivo y alteraciones en su conducta, a tutela. De esta opción se aparta el Supremo al entender que la descripción de la situación del afectado que se contiene en ambas sentencias no es la propia de una discapacidad total en la que la persona se encuentre privada de toda capacidad de decisión de modo que otro deba decidir en su lugar, que es la que en puridad daría lugar al sometimiento a tutela.

Entiende el Supremo que el tribunal inferior mantiene la tutela porque considera que la curatela supondría una mera asistencia para actos muy concretos y determinados y que, en consecuencia, no facilitaría la protección de las actuaciones más genéricas, como las atinentes a la medicación y seguimiento de los tratamientos propios de la enfermedad padecida por el interesado así como a su posible actuación en lo patrimonial. Esta presuposición no es compartida por la sentencia de casación; muy al contrario, afirma que la curatela es una institución flexible que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, no por el ámbito personal o patrimonial o por la extensión de actos en los que esté llamada a prestarse. Rebate así la idea, mantenida por muchos durante mucho tiempo, según la cual en nuestro CC vigente, la curatela es una institución limitada al ámbito patrimonial, limitación que solo acepta en el caso de la curatela de los emancipados y los pródigos, pero no en la destinada a las personas con

discapacidad, pues tal limitación ni resulta de la letra del art. 287 CC, ni es coherente con la exigencia de adoptar un sistema de apoyo que se adapte a las concretas necesidades y circunstancias de la persona afectada. En consecuencia entiende el Tribunal Supremo que la curatela puede ser un apoyo en la esfera personal o en la patrimonial, o en ambas, según lo requiera en cada caso la protección de la persona y cita otros pronunciamientos anteriores en igual sentido (SSTS 421/2013, de 24 de junio, 337/2014, de 30 de junio, 553/2015, de 14 de octubre, 557/2015, de 20 de octubre, 716/2015, de 17 de diciembre, 373/2016, de 3 de junio, 216/2017, de 4 de abril).

Aclara además, por lo que se refiere al ámbito patrimonial, que la intervención del curador no se circunscribe necesariamente a los actos a que se refiere el art. 290 CC, sino que puede extenderse a todos aquellos en los que sea precisa la asistencia; cuestión distinta es que, cuando la sentencia no los especifique, el legislador se refiera subsidiariamente a los actos que genéricamente considera de mayor complejidad o trascendencia para el patrimonio de la persona con discapacidad, que son aquellos para los que el tutor necesita autorización judicial. La sentencia procede a señalar con esmero los actos para los que D. Leopoldo requerirá del apoyo de su curador, diferenciando los relativos a la esfera personal de los que atañen a la esfera patrimonial; en este segundo plano destaco especialmente que frente a la privación ex ante de la capacidad para testar que habían hecho las sentencias precedentes, opta por lo que considero la solución acorde con la CNUPD, que es estar a lo que se dispone en el art. 665, de suerte que dicha capacidad sea valorada precisamente en el momento de testar y conforme al procedimiento allí descrito. Relevante es también señalar, por ser un tema polémico, que la sentencia del Supremo, como las precedentes, mantiene expresamente la capacidad de sufragio activo.

Existe un segundo punto en el que esta sentencia se revela como especialmente interesante, cual es el relativo a la valoración de la voluntad de la persona con discapacidad para decidir quien ha de ser la que le preste el apoyo necesario. Al no haber designación de autocurador, la sentencia se plantea el valor de la preferencia manifestada en el propio procedimiento, admitiendo en abstracto la eficacia de dicha posibilidad si la persona goza de la capacidad suficiente para manifestar tal preferencia, supuesto en el que estima que la opción manifestada no es vinculante para el juez, pero este ha de tenerla en cuenta como criterio relevante para apartarse motivadamente del orden legal establecido. No obstante, se estima también en la resolución que en el caso en cuestión D. Leopoldo no hizo una manifestación de voluntad terminante dirigida a alterar el orden del llamamiento legal, por lo que “atendiendo al interés de la persona con discapacidad” mantiene al hijo que había sido designado como tutor en la sentencia recurrida, si bien ahora en calidad de curador, imponiéndole además la obligación de informar periódicamente al interesado sobre su situación personal.

En mi opinión, la sentencia resulta modélica de lo que ha de ser un sistema acorde con al Convención, con un ligero matiz; entiendo que en este modelo resulta superfluo y hasta contraproducente la alusión al interés de la persona con discapacidad, pues este criterio no ha de ser nunca relevante para la decisión. Si la voluntad, deseos y

preferencias del interesado no existen o no pueden manifestarse en modo alguno, habrá de aplicarse el orden legal establecido porque es el subsidiario para el caso, sin que sea precisa referencia alguna al mejor interés.

Con todas las premisas expuestas, dejo para el final el bosquejo de las líneas maestras con las que se está trabajando la Sección Primera de la Comisión General de Codificación, con el fin de modificar de modo radical el Código civil para hacerlo conforme con la nueva concepción de la capacidad jurídica contenido en el art. 12 CNUPD.

La propuesta parte de un concepto amplio de discapacidad que, sin embargo, centra su regulación en aquellos supuestos en los que dicha discapacidad afecta sobre todo a la integridad de la conciencia y la voluntad en la toma de decisiones, que evidentemente es lo que más interesa al Derecho civil. No obstante, se prevén disposiciones específicas en ciertas materias para otro tipo de discapacidades, como puede ser el caso de las sensoriales que implican necesidades específicas de apoyo para emitir determinadas declaraciones de voluntad; o incluso discapacidades físicas cuando repercuten en cuestiones a las que ha de atender la normativa civil, como pudiera ocurrir con los mayores gastos o necesidades en el seno de una familia.

Como no puede ser de otra manera, toda la propuesta de regulación está basada en el respeto a la dignidad de la persona con discapacidad, la tutela de sus derechos fundamentales y la prevalencia de su voluntad, deseos y preferencias, por encima de cualquier consideración relativa al interés de la persona con discapacidad, en la inteligencia de que, como regla general, es él el encargado de decidir su mejor interés.

La prevalencia de la voluntad del interesado implica la preferencia por las medidas de apoyo que él decida (poderes preventivos, autotutela) que han de prevalecer sobre las establecidas o reconocidas por la ley (curatela, guarda de hecho, defensor judicial); en estas últimas también se da el mayor margen posible a la voluntad de necesitado de apoyo.

Con carácter general se trata de evitar el recurso a las figuras que implican modelos de sustitución en la toma de decisiones de carácter general, básicamente la tutela, pero también la patria potestad prorrogada y rehabilitada; la tutela queda solo para los menores no sometidos a patria potestad.

Se parte de una concepción del apoyo como un “traje a medida”, o mejor aún, “tantos trajes a medida como sean necesarios” que ha de ajustarse a las necesidades y deseos de la persona, y que puede afectar tanto a su esfera personal (médica, domicilio, familiar, etc), como patrimonial.

Se produce un reconocimiento amplio de los apoyos no formales o no formalizados; el guardador de hecho pasa a ser considerado como una genuina institución de apoyo y sobre el que se establecen mecanismos de control o salvaguardia.

Se recoge una figura flexible, la curatela, que ha de ser designada en un procedimiento probablemente no contencioso, donde no se podrá prescindir de la voluntad, deseos y preferencias de la persona. La figura no ha de suponer una institución monolítica, sino un mecanismo de gran plasticidad adaptado a las necesidades de apoyo concretas de la persona con discapacidad y que, como regla, no puede sustituir al interesado en la toma de sus decisiones.

Ello supone el carácter excepcional de la curatela representativa, incluso aunque sea para actos aislados, y más excepcional aun la de la curatela representativa de alcance general que solo deberá decretarse en aquellas situaciones en la que la persona con discapacidad esté absolutamente privada de cualquier capacidad de decidir. En los supuestos de representación o sustitución, el curador tratará de determinar la decisión que hubiera tomado la persona con discapacidad en caso de no requerir representación, teniendo en cuenta los factores que esta habría tomado en consideración, de suerte que el motivo de la decisión no descansa el mejor interés de la persona con discapacidad.

Vuelve al Código civil, pero sólo en sus líneas generales, la espinosa cuestión del internamiento, regla que requerirá la condición de ley orgánica, según exigencias del Tribunal Constitucional. Esta regla sucinta prevé la necesidad de autorización judicial ex ante para el internamiento no voluntario, tanto médico como asistencial, así como el reconocimiento de la posibilidad de internamiento no voluntario por urgencia médica con necesaria comunicación inmediata a la autoridad judicial, quien habrá de ratificarlo o no en un breve plazo de tiempo.

Se produce una adaptación transversal de toda la regulación codificada en otras materias como la nacionalidad, las reglas sobre crisis matrimoniales, las sucesorias (con especial intensidad en materia testamentaria), las contractuales (régimen de validez y eficacia de los contratos), e incluso las relativas a la responsabilidad extracontractual.

La necesaria cautela y el deber de confidencialidad que implica la condición de Vocal de la Comisión General de Codificación me impiden, por el momento, realizar mayores precisiones, lo que es lógico tratándose de un trabajo que todavía no está acabado y puede ser todavía objeto de reflexión y modificación. Lo que sí puedo asegurar es que se trata de un trabajo meditado, en el que se ha procurado escuchar las demandas de los interesados y de los mejores conocedores del tema y con el cual, como no puede ser de otra manera, se trata de hacer nuestros los postulados de la CNUPD.

A VIOLENCIA CONTRA A MULLER NOS CASOS DE SUBTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

Ignacio Varela Castro
Investigador predoutoral de Dereito Civil
Universidade de Santiago de Compostela

TITLE: *VIOLENCE AGAINST WOMEN IN INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION CASES.*

RESUMO: A presente comunicación analiza o alcance que a violencia contra a muller ten nos casos de subtracción internacional de menores como motivo para denegar a súa restitución. Por un lado, á luz dos obxectivos do Convenio da Haya sobre os aspectos civís da subtracción internacional de menores e ao constatado paralelismo entre violencia de xénero e abuso de menores, deféndese que a devandita violencia debe ser causa suficiente para denegar a restitución do menor. Por outro lado, recoñecendo que é imprevisible que no panorama internacional se poida chegar a tal entendemento, avógase por unha interpretación do Convenio no seus xustos termos para que a violencia de xénero non sexa ignorada.

ABSTRACT: *This paper analyzes the extent to which the violence against women is a reason to refuse returning the child in cases of international child abduction. Firstly, taking into account the objectives of the Hague Convention on civil aspects of international child abduction and the proven parallelism between gender violence and child abuse, we defend that the aforementioned violence must be a sufficient reason to deny returning the child. Secondly, as it is predictably difficult to achieve an international agreement on this topic, we stand for an adequate interpretation of the Convention in order to prevent ignoring violence against women.*

PALABRAS CLAVE: subtracción internacional de menores, interese superior do menor, violencia contra a muller, violencia de xénero, grave risco.

KEYWORDS: *international child abduction, the best interests of the child, violence against women, gender violence, grave risk.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. OBXECTIVOS E FILOSOFÍA DO CONVENIO DA HAYA. 2.1. *Obxectivo primordial e subxacente.* 2.2. *Outros obxectivos do Convenio.* 2.3. *Presunción iuris tantum.* 2.4. *Mecanismo de posta en marcha.* 3. A VIOLENCIA DE XÉNERO COMO EXCEPCIÓN Á DEVOLUCIÓN DO MENOR. 3.1. *Interpretación restritiva do artigo 13.1.b) do Convenio.* 3.2. *Posibles consideracións en detrimento dos casos de violencia sobre a muller.* 3.3. *Exemplos de supostos nos que a violencia contra a muller é motivo da non restitución do menor: un intento errado de sistematización.* 3.4. *A apreciación do risco no caso concreto.* 4. REFLEXIÓNS FINAIS. BIBLIOGRAFÍA E RECURSOS ELECTRÓNICOS.

1. INTRODUCCIÓN

Pronunciarnos acerca da repercusión que a violencia contra a muller ten nos casos de traslado ilícito internacional de menores como causa para denegar a restitución destes é unha ardua tarefa, en canto tal consideración non é sopesada, en si mesma, polo

Convenio da Haya de 25 de outubro de 1980 sobre os aspectos civís da subtracción internacional de menores¹.

Son moi numerosos os supostos nos que a nai² é quen se leva ao menor que alega ser vítima da violencia exercida polo pai deste³. Ora ben, no momento da redacción do Convenio, o modelo elaborouse sobre a base de que a subtracción a levaba a cabo o proxenitor non custodio, frustrado pola perda de acceso ao menor, ou o proxenitor con medo de perder o acceso ou a custodia do menor no procedemento xudicial a tales efectos; pero, ademais, asumíuse que a subtracción a executaba tipicamente o pai⁴.

As razóns que poderían levar ao proxenitor custodio a desprazar ao menor non foron valoradas⁵. Así as cousas, a seguinte análise céntrase nos casos en que (i) a muller vítima de violencia por parte da súa parella foxe do agresor, realizando unha viaxe transfronteiriza xunto co seu fillo menor que ten baixo a súa custodia; (ii) o pai, tamén titular do dereito de custodia do menor, presenta a consecuenta solicitude de restitución deste no Estado onde tiña a súa residencia habitual antes do traslado ilícito, pois non dera o seu consentimento e (iii) a nai oponse á devolución con base na violencia da que foi vítima.

A amplitude do termo “violencia doméstica” permite incluír neste concepto os patróns continuados de abusos físicos, psíquicos e/ou sexuais contra os menores e/ou sobre a parella ou cónxuxe de ambos sexos. O presente estudo céntrase nos casos nos que a violencia exerceuse directamente contra a muller, non contra o menor. Ao longo das nosas explicacións faremos referencia tanto á “violencia sobre a muller” ou “violencia de xénero” en particular, para poñer de manifesto as súas especificidades que requiren un tratamento propio, como á “violencia doméstica” en xeral, onde deben entenderse embebidos os casos de violencia contra a muller.

¹ De agora en adiante “o Convenio” ou “o Convenio da Haya”.

² LOWE (2011), pp. 5 e 6, sinala que as estatísticas concernentes á aplicación do Convenio no ano 2008 evidencian que no 69% dos casos foron as nais as que subtraeron os menores, mentres que os pais representaron o 28%. Dese 69%, o 88% das nais eran as principais coidadoras do menor.

³ *Vid.* WEINER (2000), p. 615, SHETTY, EDLESON (2005), p. 120, ou TRIMMINGS (2013), p. 151.

⁴ Segundo PÉREZ-VERA (1982), p. 24, o Convenio non contén ningunha disposición relativa ao perfil do secuestrador. SCHUZ (2013), p. 55 indica que os informes dos redactores do Convenio non se refiren especificamente a que os pais fosen os raptores. Con todo, opina que a crenza de que só os proxenitores non custodios eran os que perpetraban o secuestro, combinada co feito de que ás nais se lles atribuíu xeralmente a custodia, debeu de conducirilles a asumir que os secuestradores eran maioritariamente os pais. Ademais, como recorda TRIMMINGS (2013), p. 151, na época en que se redactou en Convenio a maioría dos raptores eran pais non custodios. WEINER (2000), p. 609 sostén que se os redactores non tiveron en conta as motivacións dos secuestradores ao formular o Convenio e se algúns secuestradores están motivados pola necesidade de escapar da violencia doméstica, a omisión daqueles ten o mesmo efecto que asumir abertamente que o secuestrador é o pai non custodio. Por iso, SILBERMAN (2001), p. 224 e BROWNE (2011), pp. 1194 e 1195 afirman directamente que o Convenio parte do estereotipo de que o raptor é o pai non custodio.

⁵ Con todo, a CONFERENCIA DE HAYA DE DEREITO INTERNACIONAL PRIVADO (2011), p. 12 recorda os traballos preparatorios do Convenio nos que se argumentaba a posibilidade de que os supostos de violencia sobre un dos membros da parella, que finalmente acaban en fuxida transfronteiriza, constituísen unha situación intolerable.

Feitas estas apreciacións, debemos realizar as seguintes advertencias. En primeiro lugar, cabe manifestar o carácter especulativo do presente estudo, xa que a casuística, a importancia da proba e os diversos pronunciamentos xudiciais espallados entre os distintos Estados parte do Convenio impiden inducir unha regra xeral acerca da virtualidade que a violencia sobre a muller ten nos casos de subtracción internacional de menores. En segundo lugar, destacamos a relatividade da nosa análise pois, por unha parte, o suposto de feito do que partimos exclúe outros casos como, por exemplo, os de violencia exercida directamente sobre o menor e, por outra, non examinamos outras circunstancias hipoteticamente concorrentes coa violencia sobre a muller que puidesen ser relevantes para valorar a conveniencia da devolución do menor; iso desbordaría en exceso a nosa modesta intención nestas páxinas.

Dito todo isto, entendemos que o Convenio ten a versatilidade suficiente para que a violencia sobre a muller poida ser determinante para desestimar a restitución do menor no caso concreto. Con todo, tamén atopamos importantes trabas que producen o resultado contrario. Para chegar a aquela conclusión, é necesario comezar expoñendo con claridade cales son os obxectivos do Convenio e as premisas das que parte, pois confundir as súas prioridades conduce, tal e como estamos dicindo, a denegar á devandita violencia a relevancia que merece.

2. OBXECTIVOS E FILOSOFÍA DO CONVENIO DA HAYA

Malia o que se poida deducir dunha primeira lectura do artigo 1 do Convenio⁶, cabe afirmar que o sistema convencional se articula sobre tres obxectivos principais e xerarquizados, unha presunción *iuris tantum* e un mecanismo de posta en marcha. Fóra desta estrutura piramidal, existen outras consideracións accesorias que poden deformar aquela configuración de outorgárselles unha maior relevancia da debida⁷.

2.1. *Obxectivo primordial e subxacente*

A finalidade última do Convenio da Haya é protexer o interese superior do menor. Aínda que os preceptos do texto legal non mencionan en ningún momento o devandito interese, o preámbulo do Convenio si sinala que os intereses do menor son dunha importancia primordial.

A ausencia do interese superior do menor na parte dispositiva do Convenio é deliberada, pois preténdese evitar que a persoa que traslada ao menor poida conseguir no Estado refuxio unha resolución que legalice a situación de feito que acaba de crear. Isto é, quérese vedar a posibilidade de que os tribunais concedan directamente a custodia do

⁶ O artigo 1 do Convenio da Haya indica que a finalidade do mesmo é garantir a restitución inmediata dos menores trasladados ou retidos de xeito ilícito en calquera Estado contratante e velar por que os dereitos de custodia e de visita vixentes nun dos Estados parte se respecten nos demais Estados contratantes.

⁷ A elas referirémonos especificamente no apartado 3 deste traballo para evidenciar como poden ser un factor en detrimento da protección do menor e da muller vítima de violencia psicofísica.

menor á persoa que o traslada, tal e como sucedía habitualmente no pasado⁸. En definitiva, a decisión sobre a custodia do menor é unha cuestión allea ao xuízo acerca da conveniencia da súa restitución⁹.

En calquera caso, o interese superior do menor é o paradigma convencional que informa as súas restantes previsións.

2.2. *Outros obxectivos do Convenio*

O Convenio de Haya conta con outros dous obxectivos que se proxectan en dous momentos temporais distintos: un obxectivo *ex ante*, que consiste en desalentar a subtracción internacional de menores, e un obxectivo *ex post*, que pretende restablecer o *statu quo* do menor anterior ao traslado ilícito¹⁰.

En efecto, tales obxectivos débense aplicar separadamente porque, no momento en que a subtracción ten lugar, o obxectivo *ex ante*, situado nun plano abstracto e xeral, debe desterrarse da análise do caso concreto. É dicir, non cabe valorar se o menor debe ser devolto ou non ao Estado da súa residencia habitual inmediatamente anterior á súa subtracción co obxectivo de adoptar unha decisión exemplificadora que disuada outros hipotéticos casos de traslado ilícito de menores.

O parámetro informador, insistimos, é a busca do interese superior do menor no caso concreto e non sacrificar o devandito interese baixo a crenza de que a súa restitución disuadirá a que outros menores sexan trasladados ilicitamente¹¹.

Do mesmo xeito, tan só cabe a devolución do menor se salvagarda o seu interese, tal e como explicamos no seguinte subpartado.

⁸ Neste sentido PÉREZ-VERA, (1982), pp. 3 – 6. A autora aclara que do silencio do Convenio non cabe deducir que se ignore o paradigma social que proclama a necesidade de ter en conta o interese dos menores para resolver todos os problemas que lles afectan, senón máis ben todo o contrario á luz do preámbulo do Convenio. CALVO CARAVACA, CARRASCOSA GONZÁLEZ (2016), p. 545, recordan o detestable “nacionalismo xudicial” mediante o cal os tribunais dun Estado adoitan atribuír a custodia do menor ao proxenitor que ostentaba a nacionalidade do devandito Estado. Pola súa banda, HERRÁNZ BALLESTEROS (2004), p. 55, sinala que a incorporación dunha cláusula xeral, como o interese do menor, supón asumir unha serie de riscos que serán superables na medida que na súa interpretación se prescinda dos intereses nacionalistas que adoitan aflorar en materias como a que é obxecto de estudo; en efecto, a liberdade de apreciación que posúe o destinatario da norma na súa labor de busca ha de estar, por unha banda, ligada á realización dos dereitos fundamentais do menor e, doutra banda, afastada dos referidos intereses.

⁹ Segundo FERNÁNDEZ ROZAS, SÁNCHEZ LORENZO (2016), p. 408, o Convenio da Haya non prexulga nin a restitución pode condicionarse á cognoscibilidade da decisión de custodia, nin á existencia no foro dunha decisión de custodia contraditoria. Incluso o mero feito de que a autoridade xudicial teña coñecemento do traslado ilícito implica que non pode decidir sobre a custodia, como cuestión de fondo, ata que se resolva negativamente o procedemento de restitución ou transcorra un prazo razoable para instar a demanda de restitución.

¹⁰ PÉREZ-VERA (1982), pp. 4 – 5 e BROWNE (2011), p. 1197.

¹¹ Neste sentido pronúnciase SCHUZ (2013), p. 102, recordando a máxima kantiana segundo a cal o home é un fin en si mesmo e non só un medio para un fin. A autora indica que, cando é evidente que o retorno do menor prexudica o seu interese, a finalidade disuasoria adoita alzarse como a principal xustificación para ordenar a devolución do menor.

2.3. *Presunción iuris tantum*

O Convenio da Haya procura o restablecemento do menor na situación anterior ao traslado porque presume que o desprazamento é prexudicial para aquel¹², en canto supón apartalo da contorna familiar e social onde desenvolve a súa vida¹³, e que a súa devolución é, en cambio, unha decisión boa *per se*¹⁴. Desta forma, o interese do menor está, ata certo punto, obxectivado¹⁵.

Emporiso, trátase dunha premisa refutable. A existencia de excepcións á devolución do menor implica recoñecer que hai situacións nas que restablecer o *statu quo ante* pode ir en contra do seu interese e que a restitución pode ata causarlle un dano.

2.4. *Mecanismo de posta en marcha*

Así as cousas, dado que o interese do menor se identifica, polo menos nun primeiro momento, coa permanencia na súa contorna vital, como corolario prevese un mecanismo expeditivo e sumario que obriga aos Estados parte a actuar con urxencia para garantir a restitución inmediata do menor¹⁶. En consecuencia, o Convenio pivota sobre unha especie de prolongación da máxima *solve et repete* pois primeiro devólvese ao menor e posteriormente, no seu caso, discútese acerca de quen está, e onde se está, en mellores condicións para garantir os dereitos do menor de estar cos seus pais e/ou ser visitado por eles, garantindo o seu interese¹⁷.

¹² Isto pódese deducir da propia letra do Convenio. En efecto, o seu artigo 7.II.b) sinala que as autoridades centrais, co fin de colaborar para garantir a restitución inmediata do menor, deberán adoptar todas as medidas apropiadas que permitan previr que o menor sufra maiores danos. Tal afirmación admite, implicitamente, que o traslado do menor xa foi prexudicial para o neno. SHETTY, EDLESON (2005), p. 118, opinan que hai unha opinión xeneralizada de que o traslado do menor presenta negativas implicacións para o seu desenvolvemento de forma que a súa inmediata restitución ao Estado da súa residencia habitual conduce case sempre á satisfacción do interese superior do menor.

¹³ Así o considera PÉREZ-VERA (1982), pp. 3 e 6, quen recorda aquelas reflexións segundo as cales o menor é o que sofre por perder de súpeto o seu equilibrio, polo trauma de ser separado do proxenitor que sempre vira ao seu lado e polas frustracións que sente e resultan da necesidade de adaptarse a un ambiente descoñecido. BROWNE (2011), p. 1198 sostén que o Convenio está arraigado á fundamental idea de que o secuestro dana ao menor.

¹⁴ KAYE (1999), p. 196, afirma que a preocupación por non socavar os obxectivos do Convenio ten como consecuencia esta xeneralización.

¹⁵ Segundo PÉREZ-VERA (1982), p. 6, entre as manifestacións máis obxectivas do que constitúe o interese do menor está o seu dereito a non ser trasladado ou retido en nome de dereitos máis ou menos discutibles sobre a súa persoa.

¹⁶ O artigo 1 do Convenio refírese á finalidade de garantir a restitución inmediata dos menores trasladados ou retidos ilícitamente. Segundo o artigo 2, os Estados parte deben dispoñer de procedementos de urxencia para cumprir os obxectivos do Convenio. Pola súa banda, o artigo 11 sinala que as autoridades xudiciais e administrativas actuarán coa mesma urxencia en tales procedementos de restitución.

¹⁷ Así se pronuncia ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2001), pp. 131 e 132. Segundo o autor, a discusión sobre o fondo, posterior á decisión sobre o traslado, debe suscitarse desde a perspectiva dos dereitos do menor e non dos dereitos dos pais.

Non obstante, a restitución inmediata do menor non é un obxectivo en si mesmo, senón simplemente un medio para alcanzar a protección daquel¹⁸ e, como indicamos, o interese do menor pode requirir un resultado distinto á devolución.

3. A VIOLENCIA DE XÉNERO COMO EXCEPCIÓN Á DEVOLUCIÓN DO MENOR

A situación típica da que parte o Convenio, traslado ilícito perpetrado polo proxenitor non custodio que prexudica ao menor por subtraelo da súa contorna vital, deixou de ser o suposto paradigmático no que o mecanismo da inmediata devolución opera eficazmente. Certamente, a bondade da restitución non se aprecia naqueles casos nos que a nai, debido á violencia exercida polo pai contra ela mesma e/ou o menor, foxe e leva consigo ao neno. Tales desprazamentos, aínda que non son inocuos para o menor, si son menos lesivos que o dano que se lle causaría ao mantelo na esfera de violencia¹⁹. Desta forma, a análise dos supostos de traslado ilícito de menores desde a perspectiva de xénero aflorou inevitablemente²⁰.

A violencia de xénero, a diferenza doutros tipos de violencia interpersonal, caracterízase por ser unha agresión estendida pois os menores, que viven no mesmo estado de alerta e tensión que as súas nais, convértense nunha peza máis na estrutura do sometemento²¹. Por tal proxección sobre aqueles, debemos afirmar que os nenos son, en efecto, vítimas da violencia de xénero²². O xénero e a idade constitúen o eixe de desequilibrio que

¹⁸ SCHUZ (2013), p. 96.

¹⁹ Neste sentido WEINER (2000), pp. 618 – 623. A autora opina que, a pesar do coñecemento que actualmente se ten de quen subtrae ao menor e porqué, séguese sostendo que tales supostos case sempre danan ao menor. Así e todo, considera que o menor que sabe que a súa nai mais el se escaparon da violencia presentará, logo da subtracción, un perfil psicolóxico distinto ao do menor que é afastado do seu principal coidador e forzado a vivir na clandestinidade.

²⁰ KAYE (1999), p.2. WEINER (2000), p. 616 sinala que un cambio na lei é necesario porque do seu estudo conclúe que, en primeiro lugar, o dano que a subtracción causa ao menor difire segundo o sexo do raptor e as razóns polas que realiza o traslado ilícito e, en segundo lugar, as mulleres e os fillos que escapan da violencia doméstica atopan a súa seguridade excesivamente comprometida cando se aplica o Convenio.

²¹ REYES CANO (2015), p. 182.

²² O preámbulo da Lei Orgánica 8/2015, de 22 de xullo, de modificación do sistema de protección á infancia e á adolescencia, sinala que é necesario recoñecer aos menores como vítimas da violencia de xénero. Pola súa banda, a Lei 26/2015, de 28 de xullo, de idéntica denominación, a través da cal tamén se modifica, entre outras, a Lei Orgánica 1/1996, de 15 de xaneiro, de Protección Xurídica do Menor, protexe aos menores contra calquera forma de violencia, incluída a producida na súa contorna familiar e de xénero, e garante o apoio necesario para que os menores baixo a patria potestade, tutela, garda ou acollemento dunha vítima de violencia de xénero ou doméstica poidan permanecer coa mesma. O preámbulo do Convenio do Consello de Europa sobre prevención e loita contra a violencia contra as mulleres e a violencia doméstica feito en Istambul o 11 de maio de 2011, o cal foi ratificado por España no ano 2014 e firmado pola Unión Europea no ano 2017 aínda que non ratificado, recoñece que os nenos son vítimas da violencia doméstica, incluso como testemuñas da violencia dentro da familia.

converte ás mulleres e aos menores nas principais vítimas da violencia dentro da familia²³.

A repercusión que a violencia sobre a muller pode ter sobre os menores é moi variable. Por unha banda, a súa exposición á agresión determina consecuencias psicolóxicas que inflúen negativamente no seu benestar, desenvolvemento, e saúde mental. En efecto, poden padecer problemas emocionais (como ansiedade, depresión ou somatizacións) ou problemas de comportamento (conduta non normativa ou agresividade)²⁴. De feito, tal exposición á violencia non se reduce a ser testemuña directa da mesma, senón tamén a percibila ou coñecela²⁵; en definitiva, a estar situado no ambiente de violencia. Doutra banda, a muller vítima pode padecer síntomas psicolóxicos e físicos derivados da agresión que diminúan as súas habilidades de coidado dos seus fillos, aínda que é certo que os efectos prexudiciais sobre os menores se mitigan cando estes teñen un apego seguro con elas²⁶ como figura de seguridade e protección. Así, constatouse que os menores experimentan un alivio na sintomatoloxía cando son apartados do fogar violento²⁷.

O noso estudo un tanto aséptico da estrutura do Convenio conclúe que o seu obxectivo esencial é salvagardar o interese do menor de forma que, dado que tanto mulleres como menores son vítimas da violencia de xénero, a protección daquelas repercute favorablemente na protección destes.

Así as cousas, propuxéronse diferentes reformas do Convenio para que a violencia sobre a muller se constituía como verdadeiro motivo de denegación do retorno do menor²⁸. A nosa opinión oríentase nese mesmo sentido pois, á vista dos estudos na materia, non podemos disociar a violencia de xénero co abuso psicofísico dos menores. O Convenio da Haya pretende reaccionar ante situacións de risco, isto é, ante escenarios potenciais, e a violencia dentro da parella preséntase como un factor aumentativo do risco de abusos contra os nenos no seo da familia²⁹.

Con todo, o Convenio mantívose intacto desde a súa aprobación e da Conferencia de Haya de Dereito Internacional Privado non se deduce ningún ánimo de reforma. Somos conscientes de que non parece plausible que se poida establecer unha regra concreta para os casos de violencia sobre a muller máis aló da utilización dos conceptos xurídicos indeterminados (interese do menor e grave risco) que o Convenio manexa,

²³ LÓPEZ SOLER *ET AL.* (2017), p. 38. A CONFERENCIA DA HAYA DE DEREITO INTERNACIONAL PRIVADO (2011), p. 7, recoñece que as mulleres son maioritariamente as vítimas nos casos de violencia na parella.

²⁴ ALCÁNTARA LÓPEZ *ET AL.* (2013), pp. 741 y ss.

²⁵ AYLLON ALONSO *ET AL.* (2011), p. 19.

²⁶ REYES CANO (2015), p. 187.

²⁷ AYLLON ALONSO *ET AL.* (2011), p. 21.

²⁸ *Vid.* a proposta de WEINER (2000), pp. 692 y ss., quen, non obstante, recoñece as dificultades da reforma.

²⁹ PINHEIRO (2006), p. 16.

pois iso poñería en perigo a operatividade do mesmo. En efecto, o traslado ilícito de menores trátase dunha cuestión xenuinamente internacional na que os estados converxentes presentan culturas xurídicas diverxentes: o consenso que se alcanzou sobre a necesidade de protexer ao menor dificilmente pódese conseguir en materia de violencia doméstica e violencia contra a muller³⁰.

Ante este panorama, e ante a falta dunha previsión específica, dise que o Convenio se debe adecuar aos constantes cambios legais e sociais e que o impacto da violencia sobre a muller conecta coa forma en que o Convenio debe ser entendida, interpretada e adaptada³¹. Precisamente, a utilidade dos conceptos xurídicos indeterminados que manexa o Convenio de Haya, tales como o interese superior do menor ou o grave risco do artigo 13.I.b) ao que deseguida nos referiremos, radica na súa flexibilidade e adaptabilidade non só ao caso concreto que sexa obxecto de análise, senón tamén á evolución que sociedade e Dereito poidan experimentar.

Se as cláusulas xerais abertas aseguran que unha norma se poida aplicar a situacións impensadas no momento da súa redacción, a través das mesmas se debe, polo tanto, encarrilar as alegacións da violencia sobre a nai para que se denegue a restitución do menor no caso concreto. Aínda que é certo que o impacto que o menor pode experimentar por mor da violencia sobre a muller depende das súas concretas circunstancias³², consideramos que a denegación do retorno non debe reducirse aos supostos máis vexatorios e dramáticos. En efecto, a violencia de xénero non se identifica unicamente coas “fases de explosión” máis violentas, senón precisamente coas estruturas familiares baseadas na autoridade e o sometemento³³.

Por iso, nas seguintes páxinas intentamos apartar o obxectivo último do Convenio, a protección do menor, de consideracións accesorias que, no seu caso, menosprezarían as alegacións de violencia de xénero como causa para denegar a restitución do menor.

³⁰ Tal e como reflexiona ÁLVAREZ GONZÁLEZ (1986), p. 9, malia a constante tendencia social cara á comunidade de costumes e de hábitos de vida, sobre todo en ámbitos rexionais localizados, onde os niveis de renda, educación ou cultura parecen estar nun mesmo estadio, as respostas xurídicas ante idénticos feitos fronte a iguais necesidades distan moito de ser uniformes, e é precisamente no campo da familia onde as diferenzas de regulación entre os distintos sistemas xurídicos estatais cobran maior virulencia.

³¹ SILBERMAN (2001), pp. 222 e 226. O OBSERVATORIO ESTATAL DE VIOLENCIA SOBRE A MULLER (2007), p. 196 apunta que, a fin de evitar que a orde de restitución opere como unha baza en favor do agresor, débese considerar a incidencia da violencia de xénero na aplicación e interpretación do Convenio da Haya e do Regulamento Bruxelas II bis por parte das nosas autoridades. No mesmo sentido, GARCÍA RUBIO (2009), p. 181. Nesta tarefa interpretativa, consideramos que son importantes as previsións do antes citado Convenio de Istambul e, en concreto, o seu artigo 31.2, o cal sinala que as partes contratantes tomarán as medidas lexislativas ou outras necesarias para que o exercicio de ningún dereito de visita ou custodia poña en perigo os dereitos e a seguridade de la vítima e dos nenos.

³² REYES CANO (2015), p. 186, sinala que todas as eventuais alteracións difiren nas súas características segundo: a idade, o xénero, o nivel de desenvolvemento, o tipo, frecuencia e severidade da violencia, o tipo de intervención xudicial, a comunicación paterno-filial, o cúmulo de factores estresantes, así como a presenza de factores de protección.

³³ REYES CANO (2015), p. 188.

3.1. Interpretación restritiva do artigo 13.I.b) do Convenio

O artigo 13.I.b) indica que o Estado requirido non está obrigado a ordenar a restitución do menor se quen se opón a súa devolución demostra que existe un grave risco de que a restitución do menor o expoña a un grave perigo físico ou psíquico ou que de calquera outro xeito poña ao menor nunha situación intolerable.

Resulta sorprendente que se afirme sen maiores explicacións a necesidade de interpretar restritivamente as excepcións ao retorno contempladas no Convenio³⁴. Os redactores do Convenio avogaban por devandita interpretación restritiva para evitar que este se convertese en papel mollado³⁵ no sentido de que eran conscientes da dificultade que entrañaba cambiar os hábitos dos tribunais, os cales estaban afeitos a aplicar o interese superior do menor en todos os casos concernentes a estes³⁶. É dicir, advertiron que no ámbito do Convenio non se toma unha decisión sobre o fondo³⁷. Pero iso non significa que asumisen a posibilidade de devolver ao menor nos casos en que iso fíxese perigar a súa seguridade³⁸. A invocación á interpretación restritiva do artigo 13.I.b) non debe impedir que este sexa lido nos seus xustos termos: a finalidade do precepto é a avaliación e ponderación do caso concreto para adoptar unha decisión en aras do interese do menor, non o contrario.

En conformidade con todo o dito ata agora, se o interese do menor a non ser desprazado da súa residencia habitual cede ante o interese primario de calquera persoa a non ser exposta a un perigo físico ou psíquico, ou colocada nunha situación intolerable³⁹, cabe afirmar, no que aquí nos interesa, que existe unha suficiente base legal para denegar o retorno do menor nos supostos de violencia doméstica⁴⁰ e, en particular, nos casos de violencia contra a muller.

Non obstante, púxose de manifesto que, malia presentarse o artigo 13.I.b) como a defensa máis natural contra a violencia sobre a muller, na maioría das ocasións tales alegacións rexéitanse⁴¹.

³⁴ ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2001), p. 132.

³⁵ PÉREZ-VERA (1982), p. 8.

³⁶ SCHUZ (2013), p. 300. SILBERMAN (2001), p. 244, afirma que é no posterior procedemento de custodia onde o eixe central da investigación é a satisfacción do interese do menor.

³⁷ *Vid. supra* notas a pé de páxina 8 e 17.

³⁸ PÉREZ-VERA (1982), p. 6 aclara que o traslado dun neno pode, ás veces, estar xustificado por razóns obxectivas relacionadas coa súa persoa ou coa súa contorna máis próxima e que as excepcións ao retorno non son máis que manifestacións concretas do principio demasiado impreciso que proclama que o interese do menor é o criterio vector na materia.

³⁹ PÉREZ-VERA (1982), p. 7.

⁴⁰ SCHUZ (2013), p. 301.

⁴¹ SCHUZ (2013), p. 282. WEINER (2000), p. 651 e 652, sinala que, a primeira vista, a excepción do artigo 13.I.b) parece útil para estes supostos porque a violencia entre a parella pode danar ao menor. Con todo, do seu estudo conclúe que a defensa do grave risco adoita aplicarse só en casos onde existe unha violencia máis directa contra o menor por parte do *left-behind parent*.

3.2. Posibles consideracións en detrimento dos casos de violencia sobre a muller

Na nosa opinión, ordenar a restitución do menor en supostos de constatada violencia contra a nai que o traslada, cando non hai outros elementos determinantes que desaconsellen que permaneza con ela e recomenden a devolución do menor en aras do seu interese, denota falta de consistencia na aplicación do Convenio⁴². Así e todo, certas consideracións poderían conducir a acordar a devolución do menor malia a existencia da violencia sobre a muller.

En primeiro lugar, recordemos que un dos obxectivos do Convenio da Haya é previr que se produzan eventuais traslados ilícitos. Non obstante, tal obxectivo non pode ser unha variable que determine a interpretación restritiva do artigo 13.I.b) e xustifique a devolución no caso concreto⁴³. Sen entrar agora a valorar se o Convenio consegue ou non disuadir a subtracción de menores, en ocasións, as vítimas de violencia non ven outra saída que a fuxida transfronteiriza para preservar a súa integridade e a dos seus fillos e, polo tanto, non se preocupan polas consecuencias legais⁴⁴; pero iso non xustifica adoptar unha decisión exemplificadora.

En segundo lugar, apúntase que o Convenio opera sobre a base de que os tribunais do Estado da residencia habitual do menor son os máis idóneos para dirimir as discusións en torno ao coidado e asistencia ao menor⁴⁵ dado que, entre outras cousas, son os que teñen mellor acceso á información e as probas pertinentes para resolver a custodia, ao contrario que os tribunais do Estado requirido⁴⁶, e están máis familiarizados co contexto social e cultural no que o neno vivía⁴⁷. Dise tamén que o Convenio pretende evitar o *forum shopping*⁴⁸. Porén, debemos insistir en que o Convenio da Haya opera con independencia a calquera pronunciamento de custodia. Non establece ningún criterio competencial respecto diso; soamente se ocupa dunha cuestión: acordar ou non a restitución do menor.

Doutra banda, e como motivos que directamente menosprezan as consecuencias da violencia sobre a muller nos casos de traslado ilícito de menores, cabe sinalar que existen algúns pronunciamentos xudiciais que afirman sen máis que o dano á nai non é

⁴² Consistencia que reclama a CONFERENCIA DA HAYA DE DEREITO INTERNACIONAL PRIVADO (2011), p. 37.

⁴³ SCHUZ (2013), p. 303.

⁴⁴ WEINER (2000), p. 632, opina que se unha muller permanece na situación de violencia alarmada pola potencial aplicación do Convenio, o principal obxectivo deste, a protección do menor, sería socavado.

⁴⁵ KAYE (1999), p. 195.

⁴⁶ Neste sentido a CONFERENCIA DA HAYA DE DEREITO INTERNACIONAL PRIVADO (2017), p. 25, que apunta que a citada regra de competencia obtén maior seguridade xurídica e continuidade para os menores e as súas familias.

⁴⁷ SCHUZ (2013), p. 104.

⁴⁸ PÉREZ-VERA (1982), p. 3, cataloga aos traslados internacionais de menores como vías de feito para crear vínculos artificiais de competencia xudicial internacional con vistas a obter a custodia do menor no Estado refuxio.

relevante *per se* para que teña lugar a excepción do artigo 13.I.b)⁴⁹. Non obstante, dise que tal razoamento ignora as investigacións que mostran a correlación existente entre a violencia entre a parella e o abuso de menores⁵⁰.

Do mesmo xeito, noutras ocasións os tribunais asumen que o Estado requirente é capaz de protexer á nai e os seus fillos e que a investigación da veracidade das alegacións de violencia sobre a muller debe quedar aprazada á análise sobre o fondo que realice o tribunal da residencia habitual do menor⁵¹. Malia iso, a devandita confianza a cegas non xustifica facer perigar o obxectivo principal do Convenio, cal é a protección dos menores⁵². O certo é que ata os sistemas xurídicos máis sólidos sofren lagoas na aplicación da lei. Tal aseveración non supón menosprezar a confianza mutua entre os Estados parte, senón simplemente recoñecer a realidade⁵³. Así, algúns tribunais centráronse en valorar a presenza do risco máis que en investigar a veracidade da violencia alegada. Outros, sen chegar a tal extremo, si consideran necesario investigar a realidade de tales alegacións para ponderar o risco⁵⁴.

Noutras ocasións, e de forma moi relacionada co que acabamos de expoñer, hai casos nos que os tribunais consideran que o risco pode ser eliminado ou reducido a través da adopción de medidas de protección de forma que, malia a existencia de violencia contra a muller, óptase pola devolución do menor⁵⁵.

Sen entrar a expoñer a tipoloxía destas medidas de protección, cabe destacar que, ben pola canle das comunicacións xudiciais directas ou ben mediante a cooperación entre as

⁴⁹ *Vid.* os casos mencionados na CONFERENCIA DA HAYA DE DEREITO INTERNACIONAL PRIVADO (2011), p. 18, e SCHUZ (2013), p. 283.

⁵⁰ *Vid.* páxina 7 e o sub-apartado 3.3.

⁵¹ É clásica a alusión ao caso *Murray v. Director, Family Services* (1993) FLC 92-416, referencia INCADAT HC/E/AU 113 (restitución ordenada), no que o tribunal afirmou o seguinte: “*It would be presumptuous and offensive in the extreme, for a court in this country to conclude that the wife and the children are not capable of being protected by the [Requesting State] Courts or that relevant [Requesting State] authorities would not enforce protection orders which are made by the Courts*”.

⁵² PÉREZ-VERA (1982), pp. 8 e 9, sinala que unha invocación sistemática das excepcións mencionadas fará que se derrube todo o edificio convencional ao baleiralo do espírito de confianza mutua que o inspirou. Non obstante, tal e como se dixo no caso *Van De Sande v. Van De Sande*, 431 F.3d 567 (7th Cir. 2005), referencia INCADAT HC/E/USF 812 (restitución rexeitada), “*concern with comity among nations argues for a narrow interpretation of the “grave risk of harm” defense; but the safety of children is paramount*”. SCHUZ (2013), p. 443 conclúe que, aínda que o principio de cortesía sexa valioso, non se pode xustificar danar a un menor acordando a súa restitución e, do mesmo xeito, non hai ningunha evidencia que suxira que os Estados que acordan un maior número de devolucións conseguen un maior número de restitucións. Tomando a reflexión que realiza ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2001) p. 135, e extrapolándoa á nosa análise, se cando se ordena a restitución do menor confiase en que as autoridades do Estado a partir do cal o menor foi desprazado poden articular o exercicio dos dereitos de garda e visita do menor [léase aquí articular a protección da nai e do menor] de forma satisfactoria, pois non hai razón para non confiar en que as autoridades do Estado ao que o menor foi trasladado poidan facer o propio e sexan capaces de adoptar unha decisión baseándose, precisamente, nese interese superior do neno.

⁵³ Neste sentido, BROWNE (2011), p. 1212.

⁵⁴ *Vid.* os casos citados na CONFERENCIA DA HAYA DE DEREITO INTERNACIONAL PRIVADO (2011), pp. 20 y 21.

⁵⁵ *Vid.* por exemplo *Re H. (Children) (Child Abduction: Grave Risk)* [2003] EWCA Civ 355, referencia INCADAT HC/E/Uke 496 (restitución ordenada).

autoridades centrais, o tribunal que vai decidir se restitúe ao menor ou non debe analizar se existen medidas de protección no Estado requirente, cales son e como poden ser executadas; se tales medidas xa se dispuxeron con anterioridade á devolución do menor ou canto tempo se tardaría en adoptalas e se as mesmas poden dirixirse á nai que subtraeu ao menor cando ela foi vítima de violencia por parte da súa parella. Neste último caso, se o tribunal estima que as medidas de protección dirixidas á nai que acompaña ao menor non son adecuadas ou eficaces para previr riscos graves sobre o menor, debe denegar a restitución⁵⁶. Certamente, hai casos nos que a severidade da violencia alegada fai que as medidas de protección propostas ou xa adoptadas sexan insuficientes para protexer ao menor e á súa nai⁵⁷.

Neste punto, cabe indicar unha particularidade da Unión Europea, onde rexe o Regulamento (CE) Non 2201/2003 do Consello, de 27 de novembro de 2003, relativo á competencia, o recoñecemento e a execución de resolucións xudiciais en materia matrimonial e de responsabilidade parental⁵⁸. O Regulamento altera e complementa as previsións do Convenio e, no que aquí nos interesa, o seu artigo 11.4 sinala que non se poderá denegar a restitución dun menor con base no artigo 13.I.b) do Convenio no caso de demostrar que se adoptaron medidas adecuadas para garantir a protección do menor trala súa restitución. O certo é que o alcance desta obriga é discutido⁵⁹ pero, máis aló doutras consideracións que se poidan facer sobre o precepto, cabe criticar que se ignorou que moí frecuentemente o risco de que o menor sufra un dano ao volver ao Estado requirente está interrelacionado co risco de que a muller sexa re-vitimizada pola súa parella⁶⁰. Con todo, pensamos que hai suficiente marxe de interpretación de forma

⁵⁶ Vid. CONFERENCIA DA HAYA DE DEREITO INTERNACIONAL PRIVADO (2017), pp. 37, 38 e 116 e os casos que cita como exemplos. A pesar da linguaxe neutral que utiliza ao referirse ao proxenitor que acompaña ao menor sen falar de nai raptora, recoñece que na actualidade tense máis coñecemento dos efectos negativos que a violencia conxugal ou a violencia na relación íntima de parella pode ter nos nenos. Ademais afirma que a maior parte das investigacións demostran que, aínda que calquera pode ser vítima de violencia doméstica ou familiar, as mulleres constitúen a maioría das vítimas de violencia na parella e son quen sofren os danos graves.

⁵⁷ Vid. os casos citados en CONFERENCIA DA HAYA DE DEREITO INTERNACIONAL PRIVADO (2011), p. 25.

⁵⁸ De agora en adiante “o Regulamento Bruselas II bis” ou “o Regulamento”.

⁵⁹ SCHUZ (2013), p. 290, indica que cabería suscitar que, se un tribunal considera que a restitución do menor non é apropiada, malia as medidas de protección propostas, simplemente pode manter que ditas medidas non son suficientes. Ao referirse ao artigo 11.4 do Regulamento, CALVO CARAVACA, CARRASCOSA GONZÁLEZ (2016), p. 574, sosteñen que debe tratarse de medidas de protección concretas e non de sistemas abstractos de protección de menores e que o Regulamento trata de evitar unha aplicación do artigo 13.I.b) do Convenio marcada polo nacionalismo xudicial que se emprega para bendicir os secuestros internacionais de menores. Así mesmo, cando exemplifican a aplicación do devandito precepto, indican que o tribunal do Estado requirido poderá (non din *deberá*) acordar a restitución do menor ao Estado requirente cando se garanta a súa protección. No caso *CA Paris*, 5 outubro 2005, No de RG 2005/16526, referencia INCADAT HC/E/FR 1009 (restitución rexeitada), o tribunal sinalou que o mero feito de poñer de manifesto a existencia de previsións legais para protexer ao menor non demostra que se adoptaran verdadeiras e específicas medidas de protección para mitigar o risco do dano do menor na situación real.

⁶⁰ TRIMMINGS (2013), pp. 136 – 161, sinala que o artigo 11.4 do Regulamento está baseado na idea de que a responsabilidade pola protección do proxenitor que regresa debe ser do Estado requirente e

que, no caso concreto, garantir a protección do menor pasará necesariamente por garantir a seguridade da nai.

Finalmente, outro dos potenciais motivos polos que a violencia sobre a muller non se ten en conta como excepción ao retorno do menor é a dificultade de probar o patrón de violencia e a súa repercusión sobre o menor. Á cuestión probatoria dedicámoslle posteriormente un apartado específico.

3.3. *Exemplos de supostos nos que a violencia contra a muller é motivo da non restitución do menor: un intento errado de sistematización*

Ao comezo deste traballo advertimos o arriscado que é pretender xeneralizar os supostos nos que a violencia contra a muller determina o non retorno do menor xa que o Convenio non a sopesa en si mesma. Así e todo, a consulta de distintos pronunciamentos xudiciais e estudos na materia permítenos, *grosso modo*, presentar os seguintes grupos de casos:

En primeiro lugar, cabe mencionar aqueles supostos nos que o neno depende por completo da nai ou, máis ben, nai e fillo manteñen unha relación de interdependencia⁶¹. Son casos nos que o interese do menor está inextricabilmente atado á seguridade física e psicolóxica da nai⁶². Desta forma ambos manteñen unha simbiótica relación materno-filial na que o benestar do menor depende do benestar da nai e viceversa; por iso é polo que non se require que a violencia dirixase tamén contra o neno.

O segundo grupo de casos confórmase por aqueles nos que o menor foi exposto á violencia entre a parella e tamén corre o risco de volver presenciala. Certamente, púxose de manifesto que a presenza do menor ante devanditos abusos provócalle un dano psicolóxico tan prexudicial como o que resulta dun abuso directo contra el⁶³. Non se esixe que o menor fora agredido no pasado para concluír que existe un grave risco

comparte a opinión de KAYE (1999), p. 199, cando afirma que a existencia dunha lexislación que permita ás mulleres solicitar unha orde de protección non garante a súa seguridade. Desta forma, a autora avoga por unha reforma do precepto que inclúa a salvagarda da protección do proxenitor que acompaña ao menor como condición a que non se poida alegar o grave risco do artigo 13.I.b).

⁶¹ Este foi o caso de *Re M. (Abduction: Leave to Appeal)* [1999] 2 FLR 550, referencia INCADAT HC/E/UKe 263 (restitución rexeitada), debido á idade de dous anos do menor. Similar razoamento se encontra en *Re W (A Child)* [2004] EWCA Civ 1366, referencia INCADAT HC/E/UKe 771 (restitución ordenada): “*The court in a Hague case is entitled to recognise the inter-relationship and important inter-dependence between a mother and child who have lived in an abusive situation over a period of time. In my experience, it is well recognised, both in the domestic and the international jurisdictions, that in the context of domestic violence, the position of the child is vitally affected by the position of the child's mother. If the effect on the mother of the father's conduct is severe it is, in my judgment, no hindrance to the success of an Article 13 (b) defence that no specific abuse has been perpetrated by the father on the child*”.

⁶² *Pollastro v. Pollastro* (31 March 1999), Ontario Court of Appeal, referencia INCADAT HC/E/CA 373 (restitución rexeitada). Como sinala WEINER (2000), pp. 652 y 653, neste caso o tribunal recoñece que o pai podía danar ao menor sen darse conta e incluso sen que fose a súa intención.

⁶³ KAYE (1999), p. 194 e CONFERENCIA DA HAYA DE DEREITO INTERNACIONAL PRIVADO (2017 b), p. 2.

futuro⁶⁴ porque son casos de solapamento da violencia entre os pais e o abuso ao menor⁶⁵.

En terceiro lugar, citamos os supostos nos que a nai vítima de violencia, e principal cuidadora do menor, non pode regresar con este ao Estado de residencia habitual por medo a volver ser danada física ou psicolxicamente. Desta forma, a nai alega que, ao non sentirse a salvo, non pode soportar o regreso ao Estado requirente e que vería deteriorada a súa capacidade para coidar ao menor co conseguinte risco de que este sufrise un dano ou se atopase nunha situación intolerable⁶⁶.

Finalmente, cabe facer mención daqueles casos de especial complexidade nos que a nai, en vez dunha imposibilidade por medo, non pode regresar por estar incurso nun procedemento penal ou mesmo xa está condenada. No caso decidido polo AP de Barcelona (Sección 1ª) de 21 de abril de 1997⁶⁷, a nai trasladou á súa filla menor desde Israel a España. Os tribunais do Estado requirente, Israel, ditaran unha resolución atribuíndo a custodia de forma exclusiva ao pai e, ademais, estaba en tramitación a declaración da muller como *moredet*; un estado que, conforme á lei relixiosa xudía, supoñería considerar á muller como “esposa rebelde” e significaría a perda dos seus dereitos con respecto á súa filla, incluído o de relacionarse con ela. Dado que o Convenio da Haya pretende que a devolución retrotraia a situación á existente con anterioridade ao traslado, o tribunal español, entendendo que iso é imposible nese suposto, acorda a non devolución. A nena ía ser apartada da súa nai pero non en consideración ao seu interese, senón como medida para castigar á nai pola situación de rebeldía. Ademais o tribunal considerou que tal situación vulneraría os dereitos humanos e as liberdades fundamentais da muller (artigo 20 do Convenio)⁶⁸.

Non obstante, recordemos que estas reflexións non son extrapolables a todos os casos de violencia sobre a muller sen máis. Cada particular pronunciamento xudicial depende

⁶⁴ CONFERENCIA DA HAYA DE DEREITO INTERNACIONAL PRIVADO (2017), p. 76. En similar sentido, *vid. Achakzad v. Zemaryalai*, [2011] W.D.F.L. 2, referencia INCADAT HC/E/CA 1115 (restitución rexeitada), onde se afirma que non é necesario concluír que se perpetrara un abuso físico directo contra o menor senón que o risco de dano á nai é suficiente dado que pode constituír un risco de dano ao menor.

⁶⁵ Nese sentido, *vid. BROWNE* (2011), pp. 1205 – 1207, e os casos que menciona, quen fai referencia os numerosos estudos nos que se demostra a correlación da violencia entre os pais co comportamento problemático do menor, ata na idade adulta, depresións, ansiedade, conduta agresiva, etc. Tamén *QUILLEN* (2014), p. 633, e a CONFERENCIA DA HAYA DE DEREITO INTERNACIONAL PRIVADO (2011), p. 9.

⁶⁶ CONFERENCIA DA HAYA DE DEREITO INTERNACIONAL PRIVADO (2017), pp. 77 e 78, que tamén recorda que hai casos nos que, inmediatamente despois de que a vítima sae dunha situación moi violenta, aumenta o risco de que sufra danos graves ou letais a mans do agresor. *SCHUZ* (2013), p. 281 sinala que a cuestión relevante é se é razoable esperar que a nai regrese en tales circunstancias no caso particular e non se ao final a nai acompaña ao neno ao ordenar o retorno.

⁶⁷ *vid. RGD* (1998), pp. 3116 – 3119.

⁶⁸ *REQUEJO ISIDRO* (2006), p. 192, equipara estes supostos nos que a nai non pode volver por causas alleas á súa vontade á contracción da liberdade de acción e decisión que deriva da ameaza de violencia por parte da parella.

do concreto suposto de feito; de aí a importancia da proba tal e como expoñemos a continuación.

3.4. *A apreciación do risco no caso concreto*

Aínda que na nosa opinión a correlación existente entre violencia contra a muller e o abuso de menores debería supoñer que a proba da violencia de xénero fose suficiente para apreciar o posible grave risco do menor e, polo tanto, denegar a súa restitución, o sistema convencional vixente esixe analizar como se proxecta dita violencia sobre o menor. Así, apúntase que a virtualidade que uns feitos determinados poidan ter para constituír un risco para o menor varía dependendo do neno en particular, o grado no que é exposto a devandita violencia, o apoio probatorio que demostre o risco do dano e a concorrencia doutros elementos que aumenten ou diminúan o devandito risco⁶⁹. En efecto, é necesaria unha proba suficiente para refutar a presunción de que o retorno do menor salvagarda o seu interese.

Unha vez presentada toda a proba necesaria⁷⁰, o tribunal estuda a súa efectiva repercusión sobre o menor. Entre outras cousas, analiza a natureza e frecuencia dos actos de violencia, a probabilidade de que se volva producir, a repercusión que ten nas habilidades da nai para coidar ao menor, se o menor presenciou ou non os abusos, os efectos na súa saúde e benestar físico e psicolóxico derivados da exposición ou do coñecemento de devandita violencia, os recursos dos que dispón a vítima e o menor no Estado requirente, o perfil do pai, se recoñece ou non os feitos e, en definitiva, se todo iso se traduce nunha situación de grave risco de acordarse a restitución do menor ao Estado da súa residencia habitual⁷¹.

De novo, aquí atopámonos con certos impedimentos. Cabe sinalar que a vítima de violencia atópase cun primeiro desequilibrio práctico porque, mentres que demostrar o carácter ilícito da subtracción non é dificultoso⁷² se o pai ostenta dereitos de custodia e non consentiu o traslado, a proba da violencia localízase, normalmente, noutro país⁷³.

⁶⁹ SHETTY, EDLESON (2005), p. 128, recordan que a existencia dun maior ou menor risco depende do que significa para o menor a violencia, da súa habilidade para enfrontarse a unha esfera violenta e que outras circunstancias da súa vida fan aumentar ou diminuír o risco a un dano pola devandita violencia.

⁷⁰ KING (2013), pp. 308 e 309, cita como posible proba dos abusos sufridos a seguinte: información de accións xudiciais pendentes contra o pai privado do menor, informes policiais ou de servizos sociais, rexistros de consulados ou embaixadas, informes de refuxios para vítimas de violencia doméstica, certificados médicos relativos a incidentes de violencia doméstica, correos electrónicos ou outra correspondencia, ordes de protección, testemuñas, restricións de mobilidade facilitada por motivos sociais e económicos, declaracións xuradas, pericial psicolóxica do menor e de quen o traslada, etc.

⁷¹ CONFERENCIA DA HAYA DE DEREITO INTERNACIONAL PRIVADO (2017), pp. 11 – 12 do Anexo 3.

⁷² BROWNE (2011), pp. 1200 y 1201.

⁷³ WEINER (2000), p. 658.

Ademais, recordemos que o Convenio pretende que o procedemento se tramite de forma sumaria⁷⁴. Desta forma, aínda que se poidan producir certas demoras á hora de solicitar e examinar as probas, o artigo 13.I.b) non permite un atraso indebido⁷⁵. Non obstante, iso non debería impedir que a vítima poida probar o risco⁷⁶, pois, en certos casos, as desviacións do carácter urxente do procedemento son esenciais para asegurarse de que o menor está efectivamente protexido⁷⁷; protección que pode depender directamente da seguridade da súa nai⁷⁸.

Neste punto, exemplifiquemos como a rapidez procedemental desexada pode comprometer os dereitos fundamentais dos implicados no procedemento de restitución. Cabe falar, en primeiro lugar, da STC 120/2002, de 20 de maio⁷⁹. No momento en que se suscitou o recurso de amparo, as actualmente derogadas previsións relativas á restitución de menores⁸⁰ establecían que contra a resolución que acordaba se procedía ou non a devolución do menor cabía recurso de apelación nun só efecto⁸¹. O caso de autos puxo en evidencia a potencial imposibilidade de executar unha decisión de non

⁷⁴ Vid. apartado 2.4. A CONFERENCIA DA HAYA DE DEREITO INTERNACIONAL PRIVADO (2011), p. 38, indica que o procedemento do Convenio debe ser expeditivo e que o tratamento das alegacións da violencia doméstica non poden comprometer a rapidez do mesmo, dado que todo iso establécese en aras do interese do menor e a familia. SILBERMAN (2001), p. 236, sinala que se busca evitar unha excesiva amplitude nas audiencias e no procedemento probatorio que menoscabe dita celeridade.

⁷⁵ Segundo a CONFERENCIA DA HAYA DE DEREITO INTERNACIONAL PRIVADO (2017), p. 22, a necesidade de utilizar procedementos expeditivos está vinculada co carácter limitado dos procedementos de restitución, dado que estes procedementos no Estado requirido non deben derivar nun exame para resolver sobre a custodia.

⁷⁶ Aínda que QUILLEN (2014), p. 626, opina que o mecanismo de inmediata restitución do menor e a predisposición do Convenio a ordenar a súa devolución crean problemas ás vítimas que foxen da violencia doméstica.

⁷⁷ SCHUZ (2013), p. 305, quen apunta que o procedemento require uns tempos xustos pero realistas nas audiencias probatorias e na presentación de informes de expertos.

⁷⁸ REQUEJO ISIDRO (2006), p. 188 sinala que, á hora de ponderar o grave risco do artigo 13.I.b), esíxese un nivel de proba cuxa execución non se compasa ao ritmo querido polo Convenio.

⁷⁹ No caso de autos, a nai que subtraera á menor do Estado da súa residencia habitual interpuxo recurso de apelación contra o auto de instancia que acordaba a devolución do menor. Pero dado que o recurso de apelación non tiña, por aquel entón, efectos suspensivos, a menor foi devolta ao seu Estado de residencia habitual na execución de primeira instancia. Así as cousas, o tribunal *ad quem* declarou non haber lugar a entrar no exame da cuestión de fondo suscitada no recurso dado que o seu pronunciamento sería unha declaración de dereitos meramente teórica, pero orfá de toda transcendencia práctica. Ao resolver o recurso de amparo, o Tribunal Constitucional declarou que se vulnerara o dereito a tutela xudicial efectiva na vertente de dereito a unha resolución xudicial sobre o fondo do asunto pois, aínda que o lexislador establecera que a interposición do recurso non producía efectos suspensivos, non considerara esta eventualidade como un suposto que autorizase ao tribunal de apelación para deixar de pronunciarse sobre o fondo dunha cuestión sometida ao seu coñecemento.

⁸⁰ A Disposición derogatoria única da Lei 15/2015, de 2 de xullo, da Xurisdición voluntaria derogou, entre outros, os artigos 1901 a 1909 da Lei de Axuizamento Civil, aprobada por Real Decreto de 3 de febreiro de 1881, reguladores das medidas relativas ao retorno de menores nos supostos de subtracción internacional. Doutra banda, a súa Disposición final terceira, apartado once, engadiu os artigos 778 *quater* a 778 *sexies* na Lei 1/2000, de 7 de xaneiro, de Axuizamento Civil, actualmente reguladores das medidas relativas á restitución ou retorno de menores nos supostos de subtracción internacional.

⁸¹ Artigo 1908 da Lei de Axuizamento Civil, aprobada por Real Decreto de 3 de febreiro de 1881. Na actualidade, o artigo 778 *ter*, apartado 11, da Lei 1/2000, de 7 de xaneiro, de Axuizamento civil prevé que tal recurso terá efectos suspensivos.

retorno acordada en apelación cando dita devolución xa se producira na execución da sentenza de instancia, o cal vulneraría a efectividade do dereito a tutela xudicial efectiva. En efecto, un apelante, por aquel entón, podería atoparse cunha resolución xudicial que satisfíxese de forma meramente formal os seus dereitos e intereses lexítimos⁸².

Outro exemplo represéntao a STC 16/2016, de 1 de maio. No caso de autos, acórdase a non devolución en primeira instancia por apreciación do grave risco do artigo 13.I.b) do Convenio, precisamente por alegacións de violencia contra a nai da menor, mentres que en apelación acórdase a súa restitución xa que, por unha banda, non se apreciou o grave risco e, por outra, o pai solicitara a devolución do menor tres meses logo da subtracción⁸³. Pois ben, dado que transcorreran vinte meses desde o inicio ata a finalización do procedemento, o Tribunal Constitucional considera evidente a posibilidade de que a nena se integrara plenamente no seu novo medio. Desta forma, malia que o pai solicitou a restitución dentro do prazo do artigo 12.I do Convenio, entende que o interese do menor impoñía ao tribunal de apelación a necesidade de valorar dita posible integración da menor como eventual causa para denegar o seu retorno; é dicir concede o amparo por non ter considerado o devandito interese en termos argumentativos, non por ter decidido o retorno do menor⁸⁴. Esta sentenza pon de manifesto que o interese do menor é a cuestión última a analizar, mesmo prescindindo das previsións sobre prazos encamiñadas a favorecer a inmediata restitución do menor.

4. REFLEXIÓNS FINAIS

A violencia sobre a muller no núcleo familiar experimentou, nos últimos anos, tal crecente importancia que captou a atención da sociedade e das institucións. Ao longo deste traballo fixemos referencia a documentos preparatorios para a Sexta Reunión da Comisión Especial da Conferencia de Haya⁸⁵, a cal acabou acordando a necesidade de preparar unha guía de boas prácticas que, aínda que non se podía centrar unicamente

⁸² Neste sentido ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2002), pp. 59 – 62, quen sinala que a decisión do Tribunal Constitucional mostra a evidente dimensión constitucional dos traslados ilícitos de menores. O autor pregúntase que tería ocorrido se, no caso de autos, o tribunal *ad quem* revogara a sentenza de instancia e denegara a restitución do menor. Sinala que a articulación desa dobre instancia como recurso nun só efecto e a peculiaridade do obxecto do proceso (a restitución ou non do menor) facía que a efectividade da tutela xudicial perigase, en concreto, para unha das partes: o requirido de devolución condenado en primeira instancia.

⁸³ Recordemos que segundo o artigo 12.I do Convenio, cando un menor sexa trasladado ilicitamente e, na data da iniciación do procedemento de restitución, transcorrera un período inferior a un ano desde o momento en que se produciu o traslado ilícito, ordenarase a restitución inmediata do menor.

⁸⁴ Así, o Tribunal Constitucional declara a vulneración do dereito a tutela xudicial efectiva da nai apelante na súa vertente de dereito a unha resolución xudicial motivada e retrotrae as actuacións para que o tribunal *ad quem* valore de forma argumentada o feito de que a menor se integrara na súa nova contorna para decidir o seu retorno ou non. O Tribunal Constitucional recoñece que, en efecto, non transcorrerá máis dun ano desde a subtracción do menor ata a solicitude de retorno, senón tres meses. Con todo, indica que a lamentable dilación do presente procedemento, calquera que fosen as causas, non pode menoscabir o interese superior do menor impedindo valorar a súa situación actual de integración no novo medio.

⁸⁵ *Vid. supra* notas ao pé de páxina 5, 23, 42, 49, 57, 67 y 74.

nos casos de violencia doméstica ou a violencia entre a parella, si debía pronunciarse a este respecto⁸⁶. Así, para a Sétima Reunión da Comisión Especial preparouse o devandito Proxecto de Guías de Boas Practicas⁸⁷ do que se deriva a importancia da violencia sobre a muller, que é o suposto máis abundante nos casos de violencia entre a parella, como motivo para denegar a restitución do menor.

Pero tamén debemos resaltar que o mencionado texto, por un lado, simplemente se trata dun proxecto cuxas eventuais modificacións non podemos prever e, por outro, reclama unha interpretación uniforme do artigo 13.I.b) advertindo de que as denuncias de violencia doméstica, e polo tanto as alegacións de violencia contra a muller, deben ser sopesadas de acordo co mesmo criterio ao que se someten as demais causas susceptibles de configurar a excepción do grave risco e deben rexerse polas mesmas regras de proba⁸⁸. Non cabía esperar outro pronunciamento dun texto proveniente da Conferencia de Haya de Dereito Internacional Privado pois non pode darlle un tratamento específico a unha concreta realidade sobre a que os actuais noventa e oito Estados parte non comparten unha mesma aproximación legal, social e ideolóxica.

Así e todo, e ante a falta dunha previsión específica, son as regulacións dos distintos Estados as que precisamente poderían marcar a diferenza dentro da ampla marxe que conceden as cláusulas xerais abertas que manexa o sistema convencional. Aínda que é certo que a estrutura do Convenio impide aflorar aquel “nacionalismo xudicial” que comportase adoptar unha decisión sobre o fondo, as previsións que un Estado presente sobre a violencia doméstica e a violencia contra a muller informarán a análise do grave risco previsto no artigo 13.I.b)⁸⁹. Desta forma, o acervo legal co que conte o tribunal será determinante para que a violencia sobre a muller supoña a non restitución do menor. A grandes liñas, que un Estado, no seu papel de Estado requirido, denegue a restitución do menor nun caso de violencia de xénero, significa que recoñece o paralelismo existente entre a devandita violencia e o abuso de menores e a necesidade de protexer ao menor dos potenciais perigos do seu regreso. Que ese mesmo Estado, na súa condición de Estado requirente, consiga a restitución do menor nun caso de violencia, supón que estará en mellor posición de protexer ao neno e á nai que o Estado requirido, o cal tería considerado a violencia de xénero menos relevante.

⁸⁶ CONFERENCIA DA HAYA DE DEREITO INTERNACIONAL PRIVADO (2012), p. 17.

⁸⁷ *Vid. supra* notas ao pé de páxina 46, 56, 63, 64, 66, 71 y 75.

⁸⁸ CONFERENCIA DA HAYA DE DEREITO INTERNACIONAL PRIVADO (2017), p. 8.

⁸⁹ SCHUZ (2013), p. 314, sostén que as políticas que os diferentes Estados poden prever sobre a violencia doméstica non deben decaer ante os supostos de subtracción internacional de menores.

BIBLIOGRAFÍA

ALCÁNTARA LÓPEZ, M.V. ET AL., “Alteraciones psicológicas en menores expuestos a violencia de género: Prevalencia y diferencias de género y edad”, *Anales de Psicología*, Vol. 29, núm. 3, outubro 2013, pp. 741-747. Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es>>. [Consultado o 5 de outubro de 2017].

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Secuestro internacional de menores («legal kidnapping») y cooperación jurídica internacional: la posición española ante el problema”, *Poder Judicial*, Otto y Pardo, I. de (dir), 2ª época, núm. 4, decembro 1986, pp. 9-32.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Interés del menor y cooperación jurídica internacional en materia de desplazamiento internacional de menores: los casos difíciles”, *Cooperación Jurídica Internacional*, Álvarez González, S., Remacha Tejada, J.R. (ed. lit.) Vol. 5, 2001, pp. 125-136.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Desplazamiento internacional de menores, procedimiento de retorno y tutela judicial efectiva”, *Derecho Privado y Constitución*, 2ª Vol. 16, 2002, pp. 41-63. Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es>>. [Consultado o 5 de outubro de 2017].

AYLLON ALONSO, E. ET AL., “En la violencia de género no hay una sola víctima: atención a los hijos e hijas de mujeres víctimas de violencia de género”, *Save the Children*, febreiro 2011, pp. 1-106. Disponible en <<https://www.savethechildren.es>>. [Consultado o 5 de outubro de 2017].

BROWNE, N.L., “Relevance and fairness: protecting the rights of domestic-violence victims and left-behind fathers under the Hague Convention on international child abduction”, *Duke Law Review*, Vol. 60, 2011, pp. 1193-1238. Disponible en <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1494&context=dlj>>. [Consultado o 5 de outubro de 2017].

CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado II*, Comares, Granada, 2016.

DÍAZ DELGADO, J. ET AL., “Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1ª) de 21 de abril de 1997”, *Revista General de Derecho*, Vicente y Almela, A. (dir), Vol. LIV, núm. 642, marzo 1998, pp. 3116-3119.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.

GARCÍA RUBIO, M.P., “El marco civil en la violencia de género”, *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Hoyos Sancho, M. de (dir), Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 153-182.

HERRANZ BALLESTEROS, M., *El interés del menor en los convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado*, Lex Nova, Valladolid, 2004.

KAYE, M., “The Hague Convention and the flight from domestic violence: how women and children are being returned by coach and four”, *International Law Review, Policy and the Family*, Vol. 13, núm. 2, agosto 1999, pp. 191-212. Disponible en <<https://doi.org/10.1093/lawfam/13.2.191>>. [Consultado o 5 de outubro de 2017].

KING, S.M., “The Hague Convention and domestic violence: proposal for balancing the policies of discouraging child abduction and protecting children from domestic violence”, *Family Law Quarterly*, Vol. 47, núm. 2, 2013, pp. 299-310. Disponible en <<http://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1640&context=facultypub>>. [Consultado o 5 de outubro de 2017].

LÓPEZ SOLER, C. ET AL., *Menores expuestos a la violencia de género*, Pirámide, Madrid, 2017.

LOWE, N., “A statical analysis of applications made in 2008 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the civil aspects of international child abduction”, *Conferencia da Haya de Dereito Internacional Privado*, Prel. Doc. Núm. 8A, novembro 2011, pp. 1-71. Disponible en <<https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd08ae.pdf>>. [Consultado o 5 de outubro de 2017].

PÉREZ-VERA, E., “Informe explicativo”, *Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado*, 1982, pp. 1-44. Disponible en <<https://assets.hcch.net/upload/expl28s.pdf>>. [Consultado o 5 de outubro de 2017].

PINHEIRO, P.S., “Informe para el estudio de la violencia contra los niños”, *Organización das Nações Unidas*, agosto 2016, pp. 1-37. Disponible en <http://srsrg.violenceagainstchildren.org/es/un_study>. [Consultado o 5 de outubro de 2017].

QUILLEN, B., “The new face of international child abduction: domestic-violence victims and their treatment under the Hague Convention on the civil aspectos of international child abduction”, *Texas International Law Journal*, Vol. 49, 2014, pp. 621-643. Disponible en <<http://www.tilj.org/content/journal/49/num3/Quillen621.pdf>>. [Consultado o 5 de outubro de 2017].

REQUEJO ISIDRO, M. “Secuestro de menores y violencia de género en la Unión Europea”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Fernández Rozas, J.C. (dir) Vol. 6, 2006, pp.179-194.

REYES CANO, P. “Menores y violencia de género: de invisibles a visibles” *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Vol. 49, 2015, pp. 181-217. Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es>>. [Consultado o 5 de outubro de 2017].

SCHUZ, R., *The Hague child abduction Convention. A critical analysis*, Hart Publishing, Orxford y Portland, 2013.

SHETTY S., EDLESON J.L., “Adult domestic violence in cases of international parental child abduction” *Violence Against Women*, Vol. 11, núm. 1, xaneiro 2005, pp. 115-138. Disponible en <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.308.1884&rep=rep1&type=pdf>>. [Consultado o 5 de outubro de 2017].

SILBERMAN, L., “The Hague child abduction Convention turns twenty: gender politics and other issues”, *International Law and Politics*, Vol. 33, febreiro 2001, pp. 221-250. Disponible en <http://takeroot.org/ee/pdf_files/library/silberman_2000.pdf>. [Consultado o 5 de outubro de 2017].

TRIMMINGS, K., *Child abduction within the European Union*, Hart Publishing, Orxford y Portland, 2013.

WEINER, M.H., “International child abduction and the escape from domestic violence”, *Fordham Law Review*, Vol. 69, núm. 6, 2000, pp. 593-706. Disponible en <<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3674&context=flr>>. [Consultado o 5 de outubro de 2017].

RECURSOS ELECTRÓNICOS

CONFERENCIA DA HAYA DE DEREITO INTERNACIONAL PRIVADO, “Domestic and family violence and the article 13 «grave risk» exception: a reflection paper”, Prel. Doc. Núm. 9, maio 2011, pp. 1-57. Disponible en <<https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd09e.pdf>>. [Consultado o 5 de outubro de 2017].

CONFERENCIA DA HAYA DE DEREITO INTERNACIONAL PRIVADO, “Conclusions and recommendations of Part I and Part II of the Special Commission and report of Part II of the meeting”, abril 2012, pp. 1-57. Disponible en <https://assets.hcch.net/upload/wop/concl28-34sc6_en.pdf>. [Consultado o 5 de outubro de 2017].

CONFERENCIA DA HAYA DE DEREITO INTERNACIONAL PRIVADO, “Proyecto de guía de buenas prácticas sobre el artículo 13(1)(b)”, xuño 2017, pp. 1-132. Disponible en <<https://assets.hcch.net/docs/13a63e16-fdf4-488b-9368-123c96cdf67.pdf>>. [Consultado o 5 de outubro de 2017].

CONFERENCIA DA HAYA DE DEREITO INTERNACIONAL PRIVADO, “Report on the Experts’ Meeting on Issues of Domestic/Family Violence and the 1980 Hague

Child Abduction Convention”, agosto 2017, pp. 1-5. Disponible en < <https://assets.hcch.net/docs/0a145947-ff60-47219ea8-0d118e063ef2.pdf>>. [Consultado o 5 de outubro de 2017].

OBSERVATORIO ESTATAL DE VIOLENCIA SOBRE A MULLER, “I Informe Anual”, 2007. Disponible en < <http://www.violenciagenero.msssi.gob.es>>. [Consultado o 5 de outubro de 2017].

¿CÓMO ACERCAMOS AOS MOZOS Á REALIDADE DA VIOLENCIA NA PARELLA? ALGUNHAS PROPOSTAS DENDE O DEREITO

María Castro Corredoira
Doutoranda de Dereito Penal
Universidade de Santiago de Compostela

TITLE: *¿HOW DO WE APPROACH YOUNG PEOPLE TO THE INTIMATE PARTNER VIOLENCE? SOME LEGAL WORK PROPOSALS FROM LAW STUDIES.*

RESUMO: A violencia no eido da parella é unha lacra social de trascendental importancia, tal e como vén sendo reflectido polas repetidas reformas lexislativas no ordenamento xurídico español. Unha das manifestacións do endurecemento punitivo da resposta a esta clase de violencia foi materializada a través da reforma lexislativa operada, entre outros, no Código Penal, a través da Lei Orgánica 1/2004, de 28 de decembro, de Medidas de Protección Integral contra a Violencia de Xénero. Esta norma xurdiu como unha Lei transversal, incidindo, polo tanto, nas diversas aristas do fenómeno, e plantexando, así, medidas de moi diversa índole en aras á súa erradicación, como por exemplo medidas sociais, educativas, laborais ou penais. É precisamente no eido das medidas educativas no que se sitúa o presente traballo. Máis en concreto, no ámbito educativo superior, universitario. Plantexaranse algunhas propostas de traballo na titulación de Grao en Dereito, como forma de achegar á mocidade universitaria á realidade deste fenómeno.

ABSTRACT: *The intimate partner violence is a social scourge of transcendental importance, as it has been reflected in the repeated legislative changes that have occurred in the Spanish legislation. One of the manifestations of the gradual tightening of the punitive response to this kind of violence was materialized through the reform carried out in the Criminal Code by the Organic Law 1/2004, of December 28, on comprehensive protection measures against gender-based violence. This new regulation was approved as a comprehensive piece of legislation concerning the different aspects of the phenomenon. In this sense, it regulates various measures of very different nature such as the social, the educative, the labour or the criminal ones. Regarding the educative measures regulated in the mentioned Organic Law, this work seeks to provide some work proposals for the Law degree. More specifically, the proposed activities are prepared for Law students, as a way to approach them to the reality of the phenomenon.*

PALABRAS CLAVE: violencia na parella, violencia de xénero, adolescentes, propostas de traballo.

KEYWORDS: *intimate partner violence, gender-based violence, adolescents, work proposals.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. O IMPERATIVO LEGAL DE OBRIGADA REFERENCIA. 2.1. *Normativa estatal.* 2.2. *Normativa autonómica.* 3. GRAO EN DEREITO: NOVAS METODOLOXÍAS PARA A ABORDAXE DA VIOLENCIA DE XÉNERO NO ÁMBITO DO DEREITO PENAL. 3.1. *O emprego de novelas como ferramenta didáctica.* 3.1.1. *Suxeitos.* 3.1.2. *Posición relacional.* 3.1.3. *Clases de violencia.* 3.1.4. *Ciclo de violencia.* 3.2. *O emprego de películas como recurso metodolóxico de ensino.* 4. CONCLUSIÓNS. BIBLOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

O progresivo incremento da preocupación social pola violencia no eido da parella é un feito indubitado e incontestable. A proliferación de estudos, campañas de prevención e sensibilización e o desenvolvemento de programas específicos de intervención con agresores de xénero, dá boa mostra delo. No eido das relacións xuvenís, isto é, no eido dos amores incipientes ou primeiras relacións adolescentes temperás, estase a manifestar un claro aumento de condutas violentas que, como consecuencia da frecuencia con que se producen, atópanse xa xeralizadas, e incluso normalizadas. Así o poñen de manifesto as máis recentes investigacións, como é o caso do estudo “Percepción da Violencia de Xénero na Adolescencia e a Xuventude”, promovido pola Delegación do Goberno de España para a Violencia de Xénero. Este estudo fraguouse en cumprimento do disposto na Estratexia Nacional para a Erradicación da Violencia contra a Muller (2013-2016)¹, e como manifestación concreta da importancia e da necesidade de mellora no coñecemento en materia de violencia de xénero.

Lonxe de afastarnos e desarraigarnos dunha sociedade claramente patriarcal, perpetradora dos valores e directrices condutuales de dominio do home fronte á muller, a normalización de certas condutas e patróns de control, submisión, humillación e maltrato tenden a normalizarse entre xs adolescentes. De feito, a percepción da desigualdade de xénero, aínda que se atopa extendida entre xs máis novxs, non é en idades temperás onde se amosa unha maior sensibilización e percepción deste tipo de condutas. Así se pon de manifesto no mentado estudo promovido polo Goberno de España, onde se expuxeron conclusións tan preocupantes como as que seguen:

- A poboación nova é un pouco máis tolerante que o conxunto da poboación coas condutas relativas á violencia de control.
- Un 81% da xuventude coñece a Lei Integral contra a Violencia de Xénero, o teléfono 016, ou lembra algunha campaña de sensibilización contra a violencia de xénero.
- Unha de cada tres persoas novas non identifica os comportamentos de control coa violencia de xénero.
- A percepción da desigualdade entre homes e mulleres pola poboación xove é diferente en función do sexo, sendo maior nas mulleres que nos homes.

¹Disponible en:
www.violenciagenero.msssi.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/investigaciones/2015/pdf/Libro20_Percepcion_Social_VG_.pdf

- A xuventude considera inaceptable a violencia de xénero así como a violencia física e a violencia sexual, sendo o rexeitamento da violencia de xénero algo superior nas mulleres novas que nos homes destas idades.

- A repulsa da violencia de xénero é maior entre as personas novas que coñecen os contidos da Lei Integral contra a Violencia de Xénero, o teléfono 016, ou lembran algunha campaña de sensibilización contra a violencia de xénero, que entre quenes non coñecen ningunha destas medidas.

- O 88% dos adolescentes e a xuventude sabe a onde acudir para interpoñer unha denuncia por maltrato.

Polo exposto, e como puxo de manifesto a propia Delegada do Goberno para a Violencia de Xénero, Blanca Hernández Oliver, hoxe en día, é fundamental que a nosa mocidade, protagonista indiscutible da futura sociedade, coñeza, identifique e comprenda os diversos aspectos que atinxen á violencia de xénero. Especial atención merecen os primeiros sinais de maltrato, precisamente porque, como se amosa (non só neste estudo) é fundamental que xs adolescentes desenvolvan ás aptitudes e actitudes necesarias para identificar esta clase de situacións, e poidan poñerlles freo. O fin último que se persegue con todas estas medidas e formacións, é lograr unha sociedade libre de violencia contra a muller. Para elo, é fundamental prestar apoio a quenes a sufren, rexeitando atitudes e estereotipos que a promocionen ou xustifiquen. Non obstante, non é posible obviar, por fundamental, a necesidade da nosa propia actuación nun plano de igualdade, que propicie a convivencia pacífica en sociedade, dende o mutuo respecto.

Polo exposto, un axeitado tratamento da violencia de xénero require unha abordaxe global, integral, plural e interdisciplinaria, que facilite e promova o tratamento de todas e cada unha das aristas do fenómeno. É precisamente neste aspecto onde descansa a xustificación e o interese do presente traballo. Nas seguintes liñas, expóranse algunhas propostas de traballo co alumnado universitario do Grao en Dereito, a fin de achegar á mocidade á realidade deste devastador fenómeno, suscitando o seu interese por esta lacra, a partir das actividades propostas.

2. O IMPERATIVO LEGAL DE OBRIGADA REFERENCIA

Dentro desta pluralidade de ópticas no estudo da materia, interesa aquí a educativa ou docente, en concreto, a universitaria, á que o lexislador tentou incorporar unha sólida perspectiva de xénero. Boa mostra delo son as sucesivas novidades e reformas lexislativas que se veñen operando nas últimas décadas, ao abrigo do principio de igualdade consagrado na Constitución Española de 1978.

2.1. Normativa estatal

Como é sabido, a nosa Carta Magna consagra dito principio, en dúas vertentes concretas, descritas en sendos artigos da mesma norma.

Por unha banda, o artigo 9, no seu apartado 2º, regula o principio de igualdade material, establecendo o deber dos poderes públicos, de promover as condicións precisas para que a igualdade e a liberdade do individuo como suxeito particular, ou como integrante dun grupo, sexan efectivas. Correspóndelle tamén a estes poderes públicos remover os obstáculos que dificulten, ou incluso, impidan, a plenitude destes valores, así como facilitar a participación de toda a cidadanía na vida política, social, económica e cultural do Estado.

Por outra banda, o principio de igualdade formal ten acollida nas liñas do artigo 14 da Constitución, onde se consagran a igualdade de tódolxs cidadás e cidadáns ante a lei, sin que poida prevalecer discriminación alguna por razón de sexo, raza, relixión, nacemento, opinión ou calquera outra circunstancia persoal ou social².

Tomando como referencia as premisas da Constitución, así como o disposto no artigo 111 do Tratado de Roma, no panorama nacional aprobáronse varias e sucesivas normas relativas á materia que aquí nos ocupa, como é o caso da Lei Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para a igualdade efectiva entre mulleres e homes (en adiante, LO 3/2007); a Lei Orgánica 1/2004, de 28 de decembro, de Medidas de Protección Integral contra a Violencia de Xénero (en adiante, LO 1/2004); a Lei Orgánica 11/2003, de 29 de setembro, de Medidas Concretas en Materia de Seguridade Cidadá, Violencia Doméstica e Integración Social dos Estranxeiros (en adiante, LO 11/2003); e a Lei 27/2003, de 31 de xullo, reguladora da Orde de protección das vítimas da violencia doméstica (en adiante, Lei 27/2003).

² Ademais destas disposicións constitucionais, tal e como sinala a Lei Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para a igualdade efectiva entre mulleres e homes, a igualdade entre homes e mulleres é un principio é un principio xurídico universal, e así é recoñecido en numerosos textos internacionais en materia de dereitos humanos, como é o caso da Convención sobre a eliminación de tódalas formas de discriminación contra a muller, aprobada pola Asamblea Xeral de Nacións Unidas en decembro de 1979 e ratificada por España en 1983. Tamén se coñece a súa importancia a nivel supraacional ou comunitario, no ámbito da Unión Europea, dende a entrada en vigor do Tratado de Ámsterdam, o 1 de maio de 1999. Coa aprobación da Lei Orgánica 3/2007, traspuxéronse ao ordenamento xurídico español dúas Directivas da Unión Europea: a Directiva 2002/73/CE, de reforma da Directiva 76/207/CEE, referida á aplicación da igualdade de trato entre homes e mulleres no ámbito laboral; e a Directiva 2004/113/CE, que versa sobre o principio de igualdade de trato entre homes e mulleres no acceso a bens e servizos e o seu suministro.

No que concerne ao tratamento da violencia de xénero, destacan tres leis: a LO 11/2003, a Lei Orgánica 15/2003, de 25 de novembro, pola que se modifica a Lei Orgánica 10/1995, de 23 de novembro, do Código Penal (en adelante, LO 15/2003), e a LO 1/2004.

A primeira delas, a LO 11/2003, tomando como referencia o Plan de loita contra a delincuencia presentado polo Goberno de España o 12 de setembro de 2002, contempla unha serie de actuacións en materia de seguridade cidadá, estranxería e violencia doméstica. A raíz da aprobación deste Plan, o Pleno do Congreso dos Deputados, o 22 de outubro de 2002, acordou a creación dunha Comisión de Política Social e Emprego, co obxectivo de formular algunhas medidas legislativas que deran unha resposta integral fronte á violencia de xénero. O traballo de dita Subcomisión tivo unha ampla acollida. De feito, unha das súas conclusións de traballo foi moi respaldada polo propio Ministerio de Xustiza, e contemplaba a creación e a regulación dun novidoso instrumento, formulado como resposta á necesidade de atención integral e coordinación entre organismos, e coñecido como “orde de protección ás vítimas de violencia doméstica” (regulada na Lei 27/2003).

Pola súa parte, a Lei Orgánica 15/2003 introduciu importantes modificacións na regulación penal, as cales serían culminadas pola LO 1/2004, que se erixiu, até a actualidade, como pedra de toque da regulación española en materia de violencia de xénero.

Esta Lei Orgánica, como o seu propio nome indica, procuraba ser “integral”, isto é, conferir un *status* completo, multidisciplinario e detallado de aspectos de diversa natureza: sociais, asistenciais e de atención ás vítimas, preventivos, penais e, por suposto, educativos. Nesta liña, a súa multidisciplinarietàade formúlase, en primeiro termo, en socialización e educación, á luz da protección da igualdade, a liberdade e o respecto á dignidade humana.

A LO 1/2004 integra, no seu Título I, unha serie de medidas de sensibilización e intervención no eido educativo. O punto de partida fíxase na obriga das administracións e institucións de configurar un sistema que fomenta e procure unha formación integral nun marco de respecto á dignidade e a igualdade. Deste xeito, o artigo 4 incide na importancia de fomentar unha serie de principios e valores no ámbito da educación.

Con carácter xeral, e para tódolos niveis educativos, este precepto impón a inclusión, entre os obxectivos propios do ensino, da formación no respecto dos dereitos e das liberdades fundamentais e na igualdade entre homes e mulleres, a liberdade e a tolerancia, dentro dos principios democráticos de convivencia. Asemade, insta á inclusión, entre os criterios de calidade do sistema educativo español, da formación para a prevención de conflitos, e a súa resolución pacífica, así como a remoción dos obstáculos que dificulten ou imposibiliten

a plena igualdade entre mulleres e homes. A continuación, o precepto sinala obxectivos individuais para cada un dos niveles de ensino, dende a educación infantil, até o ensino superior universitario. A este respecto, impón a obriga de que as Universidades inclúan e fomenten en tódolos ámbitos académicos a formación, docencia e investigación en igualdade de xénero e a non discriminación de forma transversal.

Na mesma liña, na LO 3/2007, o lexislador puxo de manifesto, unha vez máis, a importancia de configurar e coordinar políticas públicas que, como criterios de actuación xenéricos, velasen polo respecto ao principio de igualdade e á inclusión dunha sólida perspectiva de xénero. Cun talante máis individual e particular, esta norma alberga criterios específicos de actuación sectorial. Entre eles, interesan os que fomenten a igualdade en políticas educativas. Estas directrices de intervención atópanse pautadas no Título II desta Lei, rubricado “Políticas públicas para a igualdade”. En concreto, no seu Capítulo II, relativo á “Acción administrativa para a igualdade” onde atópanse os artigos 24 e 25, primordiais para a materia que nos ocupa.

Por unha banda, o artigo 24 regula a integración do principio de igualdade na política educativa. As Administracións educativas teñen a obriga de previr que se produzan desigualdades entre mulleres e homes como consecuencia de estereotipos sociais ou de comportamentos sexistas. Na mesma liña, velarán pola igualdade de trato entre mulleres e homes, procurando un igual dereito efectivo á educación. A fin de acadar estes obxectivos, o precepto tamén establece as actuacións que, no ámbito das súas competencias, levarán a cabo as Administracións educativas:

- A especial atención, en tódalas etapas educativas e en tódolos currículos, ao principio de igualdade entre homes e mulleres.
- A integración do estudo e aplicación do principio de igualdade, tanto nos cursos como nos programas para a formación inicial e permanente do profesorado³.
- A promoción da presenza equilibrada de mulleres e homes nos órganos de control e de goberno dos centros docentes.

³ Neste sentido, *vid.* tamén o contido do artigo 7 da LO 1/2004, sobre formación inicial e permanente do profesorado en materia de igualdade, onde se establece que dita formación debe estar orientada cara a consecución dunha serie de técnicas e habilidades por parte dxs profesorxs. En concreto, incídise na importancia de formálos para que sexan elxs sexan capaces, á súa vez, de: educar no respecto dos dereitos e liberdades fundamentais, da igualdade entre homes e mulleres, e no exercicio da tolerancia e da liberdade; educar na prevención e resolución pacífica de conflitos; fomentar actitudes encamiñadas cara o exercicio da igualdade efectiva, tanto no ámbito público como doméstico. Por último, e fundamental para a materia que nos ocupa, o precepto incide na importancia de formar ao profesorado para que este sexa capaz de detectar, de xeito precoz, situacións de violencia no eido familiar.

- A eliminación e a repulsa daqueles comportamentos, contidos e estereotipos sexistas que supoñan unha patente discriminación entre mulleres e homes. Especial consideración merecen, a este respecto, os contidos de libros de texto e materiais educativos.
- O establecemento de medidas educativas destinadas ao ensino e recoñecemento do papel das mulleres na historia.
- A cooperación co resto de Administracións educativas para o desenvolvemento de proxectos, actividades e programas dirixidos a fomentar e difundir o coñecemento dos principios de coeducación e igualdade efectiva entre as persoas integrantes da comunidade educativa.

Por outra banda, o artigo 25 incide na igualdade no eido da educación superior, establecendo a obriga das Administracións públicas de velar polo ensino e a investigación en materia de igualdade entre mulleres e homes. De modo específico, dispón que as Administracións públicas competentes no ámbito da ensinanza superior deben promocionar a inclusión, nos plans de estudo, do ensino en materia de igualdade; crear postgrados específicos e realizar investigacións e estudos especializados nesta materia.

Do contido de ambos preceptos e, máis particularmente, conectando a promoción da cooperación entre Administracións para fomentar o coñecemento e difusión da coeducación e a igualdade efectiva do artigo 24, coa promoción das Administracións públicas da inclusión, nos plans de estudos pertinentes, o ensino en materia de igualdade entre mulleres e homes, extráese o interese da experiencia proposta.

2.2. *Normativa autonómica*

A preocupación global pola promoción da igualdade efectiva tamén tivo expresión a nivel autonómico⁴. No caso de Galicia, contamos coa Lei 11/2007, de 27 de xullo, galega para a

⁴ Vid. normas autonómicas: Lei 13/2007, de 26 de novembro, de medidas de prevención e protección integral contra a violencia de xénero, de Andalucía; Lei 4/2007, de 22 de marzo, de Prevención e Protección Integral ás Mulleres Vítimas de Violencia en Aragón; Lei 16/2003, de 8 de abril, de Prevención e Protección Integral das Mulleres contra a Violencia de Xénero, da Comunidade Autónoma de Canarias; Lei 1/2004, de 1 de abril, Integral para a Prevención da Violencia contra as Mulleres e a Protección ás súas Vítimas, da Comunidade Autónoma de Cantabria; Lei 1/2003, de 3 de marzo, de igualdade de oportunidades entre mulleres e homes en Castela e León; Lei 5/2001, de 17 de maio, de Prevención de Malos Tratos e de Protección ás Mulleres Maltratadas, de Castilla La Mancha; Lei 5/2008, de 24 de abril, do dereito das mulleres a erradicar a violencia machista, de Cataluña; Lei 9/2003, de 2 de abril, para a igualdade entre Mulleres e Homes, da Comunidade Valenciana; Lei 5/2005, de 20 de decembro, Integral contra a Violencia de Xénero, da Comunidade Autónoma de Madrid; Lei 8/2011, de 23 de marzo, de Igualdade entre Mulleres e Homes e contra a Violencia de Xénero en Extremadura; Lei Foral 22/2002, de 2 de xullo, para a adopción de medidas integrais contra a violencia sexista, de Navarra; Lei Foral 33/2002, de 28 de novembro, de fomento da igualdade de oportunidades entre mulleres e homes, de Navarra; Lei 7/2004, de 16 de xullo, galega para a igualdade de mulleres e homes; Lei 4/2005, de 18 de febreiro, para a Igualdade de Mulleres e Homes, do País Vasco; Lei

prevención e o tratamento integral da violencia de xénero (en adiante, Lei 11/2007)⁵, cuxa Exposición de Motivos (aptdo. 9) pon de manifesto a obriga das administracións de procurar unha formación que evite e elimine os mitos sobre a violencia de xénero e que, ademais, prepare ás e ós profesionais para facer efectivos os protocolos de actuación. Sobre estes extremos, a lei prevé, en materia de prevención da violencia de xénero (Título I da Lei) un Capítulo (II) adicado ás medidas educativas (arts. 16 a 23, ambos inclusive).

Por razón da especificidade das actividades que se van propor a continuación, interesan os artigos 16 (actitudes) e 19 (revisión e adaptación de materiais). O artigo 16 dispón que a Administración educativa galega, en colaboración co departamento que resulte competente en materia de igualdade, promoverán as actividades que, destinadas á prevención de condutas sexistas e da violencia de xénero, fomenten o diálogo, o respecto mutuo, e todas aquelas actitudes e valores que obren en aras a un desenvolvemento pleno en igualdade.

Para rematar, o primeiro inciso do artigo 19 dispón que o Departamento da Xunta de Galicia que resulte competente en materia de educación, coidará que se inclúa unha adecuada perspectiva de xénero en tódolos niveis educativos e, en concreto, nos seus contidos e procedementos.

3. GRAO EN DEREITO: NOVAS METODOLOXÍAS PARA A ABORDAXE DA VIOLENCIA DE XÉNERO NO ÁMBITO DO DEREITO PENAL

O feito de que nos últimos anos se teña impulsado o coñecemento e a loita contra esta lacra social ten contribuído a crear a necesidade de achegarse ao fenómeno para poder ter unha visión global do mesmo. No eido de dereito, son moitas as ramas que abordan esta materia (dereito penal, dereito procesual, etc.). Porén, todo o peso da explicación desta clase de violencia cae no ámbito do dereito penal, pois hoxe en día a violencia de xénero goza dunha protección penal reforzada.

Co fin de que o alumnado chegue a comprender e contextualizar correctamente a clase de violencia que están a estudar a través dos distintos tipos penais, resulta vital achegalos á realidade do fenómeno, dunha forma sinxela. Para iso, unha cuidada e axeitada selección de novidosas ferramentas pedagóxicas pode ser de gran utilidade, tendo en conta que promoverán, activamente, o compromiso e o interese do alumnado pola materia estudada.

11/2016, de 28 de xullo, de igualdade de mulleres e homes; Lei 7/2007, de 4 de abril, para a Igualdade entre Mulleres e Homes e de Protección contra a Violencia de Xénero na Rexión de Murcia.

⁵ A lei 7/2004, de 16 de xullo, para a igualdade de mulleres e homes, estivo en vigor até o 18 de febreiro de 2016.

3.1. O emprego de novelas como ferramenta didáctica

Afastándonos dunha metodoloxía puramente teórica a expositiva, o emprego de novelas pode favorecer a adquisición de coñecementos⁶ e achegar ao alumnado á realidade do fenómeno da violencia de xénero.

Bo exemplo do expresado é a novela titulada “Algún amor que no mate”, de Dulce María Chacón, datada do ano 1996. A devandita obra relata a historia de Prudencia, unha muller maltratada polo seu marido quen, ao mesmo tempo, mantén unha relación extramatrimonial con outra muller, á que tamén maltrata. A obra, que se caracteriza por unha prosa moi sinxela, goza, porén, dun gran contido, o que permite ao alumnado profundizar nalgúns dos principais aspectos do fenómeno da violencia de xénero.

3.1.1. Suxeitos

“Algún amor que no mate” permítenos coñecer que é en concreto a violencia de xénero, e cales son os principais suxeitos intervinentes nela. A Lei Orgánica 1/2004, de 28 de decembro, de Medidas de Protección Integral contra a Violencia de Xénero, define no seu artigo 1.1 a violencia de xénero como “manifestación da discriminación, a situación de desigualdade e as relacións de poder dos homes sobre as mulleres, exércese sobre estas por parte de quen sexan ou teñan sido seus cónxuxes ou de quen sexan ou teñan estado ligados a elas por relacións similares de afectividade, aínda sen convivencia”. En relación ao suxeito pasivo, existe un amplo consenso, tanto na doutrina como na xurisprudencia, sobre o feito de que só poder ser suxeito pasivo a muller⁷.

Porén, plantéxanse maiores dúbidas sobre o suxeito activo, pois non existe acordo acerca de si o delito deberá ser cometido necesariamente por un home, ou si, pola contra, asumindo un criterio menos restritivo, tamén pode cometelo unha muller.

A doutrina maioritaria mantén que o suxeito activo só pode ser o home⁸, por entender que a violencia de xénero se restrinxen, en exclusiva a unha clase de violencia concreta que ten por

⁶ Vid. CARDINAUX, N., “La literatura en el proceso de investigación y enseñanza del derecho”, *Derecho y Ciencias Sociales*, nº 11, outubro 2014, pp. 2 e ss.; SUÁREZ LÓPEZ, J. M., “La importancia del empleo de metodologías innovadoras en la enseñanza del Derecho penal”, *Anales del Derecho*, nº32, 2014, pp. 5 e ss.; CARDINAUX, N., “Inserciones de la literatura en la enseñanza del Derecho”, *Academia. Revista sobre la enseñanza del Derecho*, Año 13, nº 25, 2015, pp. 2 e ss.

⁷ Vid. por todos GUINARTE CABADA, G., “Algunas cuestiones polémicas en la interpretación de los delitos de violencia de género”, en RODRÍGUEZ CALVO, M., VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La violencia de género. Aspectos médico-legales y jurídico-penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 215 e ss.

⁸ Vid. por todos MIRAT HERNÁNDEZ, P., ARMENDARIZ LEÓN, C., *Violencia de género versus violencia doméstica: consecuencias jurídico-penales. Estudio del Título IV de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A., Madrid, 2006, p. 76.

razón o sexo⁹.

O Informe do Consello Xeral do Poder Xudicial ao Anteproxecto de Lei Orgánica de Medidas de Protección Integral contra a Violencia de Xénero, de 24 de xuño de 2004, indicaba que esta nova regulación supuña, na orde penal, unha agravación da responsabilidade penal do home, cando o feito teña como suxeito pasivo da acción delitiva a unha muller. Tamén a Fiscalía Xeral do Estado, na súa Circular 4/2005, relativa aos criterios de aplicación da Lei Orgánica de Medidas de Protección Integral contra a Violencia de Xénero apuntou que, para que os actos de violencia contra a muller poidan ser englobados no ámbito de actuación desta Lei Orgánica, é preciso que se teñan cometido por un home, contra unha muller, e que entre eles exista, o teña existido, unha relación conxugal ou de afectividade análoga. Asemade, o Tribunal Constitucional, na súa STC 59/2008, de 14 de maio, sinalou que, a pesar de que entendía que se interpretase que as mulleres poidan ser suxeitos activos da violencia de xénero, en virtude do tenor do artigo 1.1 da LO 1/2004, polo seu propio obxecto, este plantexamento ten que ser rexeitado.

Partindo desta concepción, as relacións homosexuais, tanto entre homes como entre mulleres, quedan excluídas do ámbito de aplicación dos delitos de violencia de xénero¹⁰.

Neste mesmo senso, un sector importante da xurisprudencia, reunido no Seminario de Formación organizado polo Consello Xeral do Poder Xudicial para Maxistrados pertencentes a seccións especializadas en violencia de xénero, celebrado en Madrid os días 30 de novembro e 1 e 2 de decembro de 2005, acordouse que a agravación específica dos delitos de lesións, prevista no artigo 148.4 CP, se reserve, en exclusiva, para os supostos nos que o autor sexa varón e a vítima muller, e entre eles exista ou teña existido un vínculo matrimonial, de noivado ou de parella de feito¹¹. Porén, os mesmos membros da maxistratura puxeron de manifesto que esta situación de exclusión das parellas do mesmo sexo podería terse evitado incluíndo na norma penal unha referencia á irrelevancia do sexo e da orientación sexual dos membros da parella.

Afondando un pouco máis na cuestión, algúns autores, como Gómez Colomer, chegan a afirmar que é o propio discurso de xénero incorporado á Lei Orgánica 1/2004, e rexido polo

⁹ Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., “Análisis del Código Penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal”, *REDUR*, nº 7, decembro 2009, p.41.

¹⁰ Vid. OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: Análisis teórico y jurisprudencial*, Atelier, Barcelona, 2001, pp. 52 e 53.

¹¹ Vid. QUINTERO OLIVARES, G., “La ley penal y la violencia de género”, en ROIG TORRES, M. (dir.), *Medidas de prevención de la reincidencia en la violencia de género. Tirant lo Blanch, Valencia*, 2014, p. 81, onde sinala que a diferenza punitiva non só é referida ao suxeito pasivo muller como rasgo diferencial, senón tamén ao suxeito activo, que é un home. Desde xeito, sinala o autor, quedan plenamente excluídas do ámbito de protección reforzada, as condutas efectuadas no seno de relacións homosexuais.

principio de máxima protección subxectiva¹², o que exclúe ás mulleres homosexuais vítimas de violencia nas relacións de parella, pois o artigo 1 da Lei Orgánica 1/2004 define a violencia de xénero como unha manifestación do exercicio de poder e do control que historicamente exerceron e continúan a exercer os homes sobre as mulleres, na estrutura familiar patriarcal.

A Fiscalía Xeral do Estado, na súa Circular 4/2005, tamén exclúe ás parellas do mesmo sexo do ámbito de aplicación da Lei Orgánica 1/2004, pois ao seu entender, a dicción legal do artigo 1 da Lei Orgánica 1/2004 implica que as parellas dun mesmo sexo quedaron excluídas do seu ámbito de especial protección aínda que non se pode ignorar que, nalgúns supostos, nelas poderían producirse relacións de dominación análogas ás perseguidas nesta Lei de interiorización e asunción dos roles masculinos e femininos e dos seus estereotipos sociais¹³.

Na mesma liña, Scheneider¹⁴ apuntou que, tradicionalmente, as agresións entre mulleres non se incluíron no ámbito da violencia de xénero porque a aceptación social desta clase de relacións afectivas é certamente recente e, por este motivo, tratouse de evitar o recoñecemento de novos problemas en relación ás mesmas. Asemade. Este autor afirmou que a inclusión desde tipo de agresións no marco de protección da violencia de xénero suporía, implícitamente, o recoñecemento da existencia dunha relación de poder ou subordinación, o cal iría en detrimento do postulado de que as relacións entre parellas de mulleres son igualitarias.

Non obstante, un sector doutrinal¹⁵ entende que, debido a que os tipos penais referidos á violencia de xénero empregan a mesma fórmula xenérica (“o que”) que o resto do Código Penal, en principio, nada obstaría para comprender que o suxeito activo poida ser indiferenciado.

Neste sentido, en opinión de Guinarte Cabada¹⁶, a pesar de que é posible que a vontade do lexislador fora a de protexer en exclusiva a relación home-muller, non existe extremo algún

¹² Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L., *Violencia de género y proceso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 27.

¹³ Vid. Circular 4/2005, *cit.*, p. 11. Tamén os 73 criterios adoptados por Maxistrados de Audiencias Provinciais con competencias exclusivas en Violencia de Xénero, na súa reunión de Madrid de 30 de nov y 1 y 2 de dic. de 2005, no mencionado Seminario de Formación, organizado polo CGPJ, e publicados na páxina web do CGPJ (interesan en concreto os criterios 3 y 4); CARBALLO CUERVO, M. A., “Estudio sobre la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en VVAA, *Violencia Doméstica*, Sepín, Madrid, 2005, p. 12

¹⁴ Vid. SCHENEIDER, E., *Battered Women and Feminist Lawmaking*, New Heaven, Yale University Press, 2000.

¹⁵ Vid. por todos LARRAURI PIJOAN, E., “Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2009, p 5.

¹⁶ Vid. GUINARTE CABADA, G., “Algunas cuestiones polémicas...”, *cit.*, p. 228 e 234.

na Lei Orgánica 1/2004, nin na súa Exposición de Motivos, nin no seu articulado que permitan afirmar esa limitación, polo que pódese entender que o suxeito activo desta clase específica de violencia pode ser, indistintamente, un home ou unha muller sempre que, iso si, o suxeito pasivo sexa unha muller.

Da mesma opinión é Larrauri Pijoan¹⁷, que afirma que a violencia entre mulleres tamén se produce nun contexto estruturado de xeito xerárquico, e onde unha delas exerce dominación sobre a outra. Non obstante, afirma que probablemente a intención da lei non era contemplar esta clase de supostos, polo que critica duramente a exclusión do ámbito de protección reforzado deste tipo de relacións, por tratarse dunha solución inadecuada e insatisfactoria para a violencia cando esta prodúcese entre dúas mulleres¹⁸.

3.1.2. Posición relacional

Outro elemento de reflexión plantéxase en relación á posición relacional dos suxeitos. Para que haxa unha condena por violencia de xénero, o delito ha de cometerse contra quen sexa ou teña sido cónxuxe ou contra persona que esté ou teña estado ligada ao condenado por unha relación de afectividade análoga á conxugal.

No caso plantexado na obra, Prudencia, a protagonista, está casada co seu agresor. Neste sentido, o ordenamento xurídico español, o inciso “quen sexa ou fose cónxuxe” fai que se inclúan neste apartado, tanto as relacións matrimoniais existentes e, por así dicilo, vixentes, como aquelas outras que xa cesaron.

O cese da relación matrimonial pode supoñer a ruptura do vínculo, como acontece nos casos de divorcio¹⁹, ou de nulidade, aínda que non necesariamente, como acontece nos supostos de separación²⁰.

¹⁷ Vid. LARRAURI PIJOAN, E., “Igualdad y violencia de género...”, *cit.*, p. 6. No mesmo sentido, *vid.* LARRAURI PIJOAN, E., *Criminología crítica y violencia de género*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 50 e ss., onde a autora sinala que este regulación amosa dun xeito moi nítido a desigualdade estrutural que sofre a muller lesbiana, e que se manifesta en dúas vertentes: por unha parte, en relación cos homes e, por outra parte, en relación coas mulleres que se comportan, sexualmente, conforme aos cánones da sociedade patriarcal. Polo tanto, esta dobre exclusión súfrea como muller e como homosexual, sendo evidente para a autora que o discurso de xénero de España adolece dunha grave falta de respostas específicas a esta clase de violencia xa detectada, e concretada en problemas tales como a quen debe arrestar a policía cando non exista a variable de xénero que permita establecer distincións, ou os tratamentos específicos a que poderían ser sometidas as mulleres agresoras. A autora propón que se preste máis atención ás investigacións criminolóxicas, co obxeto de dar resposta á realidade de que existen mulleres maltratadas por outras mulleres.

¹⁸ Vid. LARRAURI PIJOAN, E., *Criminología crítica...*, *cit.*, pp. 50 e ss.

¹⁹ Vid. Título IV do Código Civil, sobre matrimonio. Neste senso, interesan as disposicións relativas a nulidade (Capítulo VI), separación (Capítulo VII) e disolución do matrimonio (Capítulo VIII).

²⁰ Vid. Art. 81 y ss. del Código Civil: la separación de hecho no produce efectos jurídicos. La separación legal, por su parte, supone la suspensión de la vida en común cuando se dicta sentencia de separación.

Na actualidade, non se plantexa discusión algunha acerca da clasificación como violencia de xénero dun caso onde, no seno do matrimonio, o home maltrata á esposa, como é o caso de Prudencia. Con todo, ao afondar un pouco nesta cuestión, xorde a dúbida de como calificar o maltrato que padece a muller con quen o agresor mantén unha relación extramatrimonial, é dicir, non está claro si este tipo de supostos teñen acollida no eido das relacións de afectividade análogas ás conxugais ou si, pola contra, deben quedar excluídas en todo caso.

En materia de relacións de afectividade análogas ás conxugais, son varias as modificacións normativas que se foron introducindo, de xeito paulatino, en dita terminoloxía.

En primeiro termo, a reforma de 25 de xuño de 1983 conferiu, ás situacións de afectividade existentes, de xeito permanente e estable, análogas ás conxugais, un tratamento penal idéntico, ás relacións matrimoniais.

En segundo termo, a LO 14/1999 incorporou, ao Código Penal, a alusión á análoga relación de afectividade con convivencia e, posteriormente, a reforma de 2003, estendeu dita protección ás relacións de afectividade análogas ás conxugais, aínda sen convivencia. Con estas dúas modificacións, o lexislador tentou dar resposta aos cambios sociais emerxentes no ámbito das relacións de parella. Neste sentido, a Circular 4/2003, da Fiscalía Xeral do Estado, de 39 de decembro, sobre novos instrumentos xurídicos na persecución da violencia doméstica, sinalaba, no seu apartado II.5, que a nova redacción do artigo 153 CP, albergaba unha serie de persoas que non se incluían na redacción anterior, dende o momento en que se incluíron as persoas unidas por unha relación de afectividade análoga á conyugal, aínda sen convivencia. Dita circular apuntaba xa un dos principais núcleos de controversia da actualidade: o da determinación das relacións incluídas neste eido específico de protección. Nin o art. 153 CP, nin o 173.2 CP, nin o art. 57.2 CP nin ningún outro fai referencia á relación de noivado, nin á relación de parella. Ambos termos, ademais, carecen dun contido semántico único e cerrado. Non obstante, no caso do noivado, o dicionario da RAE apunta que ostentan a condición de noivos: as persoas que acaban de casarse; quenes manteñen relacións amorosas con fins matrimoniais; e incluso quenes, sin intención de casarse ou de convivir, manteñen relacións amorosas. En relación ás dúas primeiras acepcións, non existe dúbida sobre a súa inclusión no ámbito de protección da violencia de xénero. Non obstante, a situación de protección da terceira acepción non é pacífica, é dicir, en aqueles supostos nos cales o suxeito activo do delito e a prexudicada manteñen unha relación amorosa sin intención algunha de casarse e sin convivencia, relación que, porén, na linguaxe común, si pode calificarse como “de parella”.

O inciso que recollen algúns artigos do Código Penal, como o 153 o 173 ou o 57, “quen sexa ou fose cónxuxe”, permite incluír neste apartado tanto as relacións matrimoniais

existentes e, por así dicilo, vixentes, como aquelas outras que cesaron, con independencia, neste último caso, de que o cese supuxera ou non a ruptura do vínculo²¹.

Estes preceptos tamén falan de persoas que estean ou estiveran ligadas ao condenado por unha “análoga relación de afectividade”²². O termo “afectividade” entraña, en esencia, dúas dificultades: por unha banda, a de determinar o seu propio contido e, por outra, probar a súa existencia. Comezando pola última, parece claro que a única forma de acreditala será mediante a confesión expresa ou a través de actos externos. Neste senso, é difícil concretar cal e como é a relación afectiva conxugal, porque non existen elementos no ordenamento xurídico que permitan determinala²³, nin sequiera nos arts. 66 a 71 do Código Civil.

Ademais, a variabilidade e mutabilidade que caracterizan á efectividade non casan coa idea de permanence e estabilidade inherentes ao matrimonio²⁴.

Por outra parte, a cláusula “aínda sin convivencia” procedente da reforma da LO 11/2003, provocou unha ampliación do ben xurídico protexido, máis alá da paz familiar ou da dignidade das persoas. O seu sentido foi dar entrada ás relacións de noivado ou a aquelas outras basadas nunha afectividade de carácter amoroso e sexual²⁵.

Polo exposto, é patente que a realidade desta conceptualización é moi complexa. Que hai que entender por relación de afectividade sin convivencia análoga á conxugal é unha cuestión por resolver, suxeita a unha enorme controversia xurisprudencial. Non obstante, os tribunais están de acordo, en primeiro termo, en que certas relacións de noivado, aínda sen convivencia, deben integrarse no ámbito penal e procesual da violencia de xénero, e, en segundo termo, en que as relacións puramente amistosas, así como as amorosas, que

²¹ Vid. arts. 73 y ss. do Código Civil, onde se regula a nulidade, a separación e o divorcio.

²² Sobre a dificultade de determinar que se entende por relación de afectividade análoga, vid. GUINARTE CABADA, G., “Algunas cuestiones polémicas...”, *cit.*, p. 218, onde sinala que o contido desta expresión non é fácil de precisar, posto que na realidade social actual existen infinidade de relacións humanas de parella, ou afectivo-sexuais, non existindo unha única clase estereotipada de relacións á que se poidan reconducir todas.

²³ Vid. GUERRA GONZÁLEZ, R., “A vueltas con la análoga relación de afectividad”, *Abogados. Revista del Consejo General de la Abogacía*, nº 85, abril, 2014; e MAGRO SERVET, V., “¿Cómo debe interpretarse la expresión “análoga relación de afectividad aun sin convivencia” en los delitos de violencia de género?”, *La Ley Penal*.

²⁴ Vid. ORGA LARRÉS, *Violencia de género...*, *cit.*, pp. 53 y ss., quen propón que o idóneo sería erradicar a afectividade como criterio rector das relacións de parella a favor do amor, ou a mera atracción sexual.

²⁵ Vid. STS 1376/2011, de 23 de decembro, da Sala Segunda del Tribunal Supremo (Id Cendoj 28079120012011101368); Vid. SAP de Segovia (Sección 1ª), nº 12/2005, de 1 de marzo (Id Cendoj 40194370012005100027); e SAP de Barcelona (Sección 10ª), nº 583/2004, de 7 de julio (Id Cendoj 08019370102004100505).

consisten en encontros episódicos ou esporádicos, máis ou menos estables, deben ser excluídas do ámbito de protección reforzada²⁶.

Sin embargo, e en especial, no ámbito das Audiencias Provinciais, apréciase unha grande disparidade de criterios no relativo á determinación das clases ou tipos de relacións de parella que teñen cabida en dito concepto. É aquí precisamente onde se complica o problema, ao valorar si as relacións extramatrimoniais teñen protección como relacións de afectividade análogas, ou non.

Un sector xurisprudencial mantén que estes supostos deben quedar excluídos da violencia de xénero. É o caso da Sección 4ª da Audiencia Provincial de Pontevedra²⁷, que na súa sentenza 51/2011, de 25 de marzo, resolveu un recurso de apelación contra a sentenza de 30 de marzo de 2010, do Xulgado do Penal nº1 de Pontevedra, na cual entendeu acreditada a existencia dunha relación sentimental de aproximadamente 8 meses, asimilable á conxugal.

O órgano xulgador condenou ó acusado como autor dun delito de maltrato no ámbito familiar e por un delito de lesións agravadas, absolvéndoo do delito de ameazas e dos malos tratos habituais.

Con todo, a Sección 4ª da Audiencia Provincial de Pontevedra, ao estudar o tipo de relación existente entre os suxeitos, decantouse por entender que a definición dunha relación como análoga á matrimonial require, entre outras cousas, a acreditación da existencia de vínculos emocionais e sentimentais entre os suxeitos, así como a existencia dun proxecto de vida en común que se manifeste na súa vida cotidiana (aínda cando non convivan).

Asemade, esta Sala mantivo que son, en todo caso, exixibles as notas de continuidade e estabilidade. No caso concreto, a Sala defendeu a importancia de que a relación persoal gozase dun certo nivel de intensidade, compromiso, estabilidade e duración que a fixeran merecedora da asimilación ao matrimonio (ao que tamén poden contribuir a existencia de fillos en común, ou o recoñecemento de obrigas recíprocas²⁸), entendendo que estes elementos non quedaban acreditados no caso concreto. Por todo isto, estimou parcialmente o recurso, mantendo a condena polo delito de lesións do artigo 147.1 CP, pero rebaixando a calificación do maltrato de obra á categoría de falta do artigo 617.2 CP.

²⁶ Vid. SAP de Madrid (Sección 26ª), nº 848/2014, de 15 de decembro (Id Cendoj 28079370262014100708), e SAP de Madrid (Sección 27ª), nº 1272/2008, de 31 de outubro de 2008 (Id Cendoj 28079370272008101213) onde se indica que "sen dúbida, non toda relación afectiva, sentimental ou de parella pode ser calificada como análoga á conxugal"; SAP de Logroño (Sección 1ª), nº 27/2015, de 6 de febreiro (Id Cendoj 26089370012015100058).

²⁷ Vid. SAP de Pontevedra (Sección 4a), no 51/2011, de 25 de marzo (Id Cendoj: 36038370042011100108).

²⁸ Vid. SAP de Valencia (Sección 1a), nº 608/2009, de 26 de outubro (Id Cendoj 46250370012009100457).

Pola contra, outro sector xurisprudencial, si é partidario de incluír este tipo de ataques no marco de protección legal da violencia de xénero. Bo exemplo diso é a Sección 1ª da Audiencia Provincial de Alicante, que na súa sentenza 618/2012, de 13 de setembro de 2012²⁹, resolveu un recurso de apelación formulado polo condenado contra a Sentencia do Xulgado do Penal nº3 de Orihuela, de 22 de febreiro de 2012, pola que foi condenado por un delito de maltrato ocasional do art. 153.1 e 153.3 CP.

A Sección 1ª da Audiencia Provincial de Alicante confirmou a sentenza de primeira instancia, por considerar que as agresións sufridas pola muller incluíanse no ámbito da violencia de xénero, a pesar de manter o agresor e a vítima unha relación extramatrimonial. A Sala afirmou que o decisivo para a inclusión ou non no marco de protección da violencia de xénero non é a existencia dun proxecto de vida en común, pero si a acreditación dun grao de compromiso e estabilidade (aínda cando non haxa expectativas de futuro nin fidelidade).

Asemade, mantivo que non existe xustificación algunha para excluír do ámbito de protección reforzada este tipo de relacións onde existe unha clara intensidade emocional que se atopa na orixe da dominación e do control que o home exerce respecto da muller, aínda cando o formato da relación non sexa convencional, pois iso non obsta para que o contido da relación entre os membros da parella extramatrimonial sexa similar ao de unha relación cuxos membros non estean casados con terceiros e, sen embargo, non teñan tampouco intención de formar entre si un núcleo de convivencia habitual³⁰.

Este segundo sector é moi crítico coa tese restrictiva mantida polo primeiro posto que, tal e como afirma Magro Servet³¹, manter unha postura tan taxativa pode levar a situacións discriminatorias. En calquera caso, ambos sectores coinciden na exclusión das relacións puramente esporádicas e de simple amizade, onde a afectividade non se desenvolveu dunha forma que poida condicionar os móbiles do agresor como para entender que se trata de violencia machista.

²⁹ Vid. SAP de Alicante (Sección 1a), nº 618/2012, de 13 de setembro de 2012, (Id Cendoj 03014370012012100423).

³⁰ No mesmo sentido, vid. SAP de Sevilla (Sección 4a), nº 21/2009, de 15 de xaneiro (Id Cendoj 41091370042009100021).

³¹ Vid. MAGRO SERVET, V., “¿Cómo debe interpretarse la expresión “análoga relación de afectividad aun sin convivencia” en los delitos de violencia de género?”, *La Ley Penal*, quen plantexa que poden darse situacións discriminatorias si, por exemplo, o home mantén, de xeito simultáneo, dous núcleos de convivencia familiar, mediando nun deles matrimonio. Magro Servet apunta que, en caso de manter a tese restrictiva, si o home maltrata a ambas mulleres, únicamente sería merecedora de calificación de violencia de xénero a sufrida pola esposa, o que suporía unha clara discriminación por razón de matrimonio.

3.1.3. Clases de violencia

Outro dos aspectos que se atopan moi presentes na novela é o relativo ás posibles manifestacións de violencia de xénero. A Lei Orgánica 1/2004 protexe, tal e como sinala no seu artigo 1.3 “todo acto de violencia física e psicolóxica, incluídas as agresións á liberdade sexual, as ameazas, as coaccións ou a privación arbitraria de liberdade”. Na obra seleccionada, son constantes as manifestacións de todas e cada unha destas formas de violencia sinaladas na Lei Orgánica 1/2004³².

O relato de Prudencia aproxima ao lector ao seu día a día, cheo de momentos de tensión, agresións físicas e insultos constantes. Porén, tamén son reseñables os episodios nos que o marido amenázaa, impídelle saír á rúa, e incluso obrígaa a manter relacións sexuais. No caso da outra muller, a escritora nos acerca á súa historia, a través dunha serie de cartas que esta mujer (cuxo nome descoñecemos), envía ao seu agresor. Neste caso, da forma en que a autora nos aproxima a esta relación, só temos acceso a episodios de violencia física.

3.1.4. Ciclo da violencia

Outro aspecto da violencia de xénero que expón con claridade na obra é o coñecido como “Ciclo de Violencia”, formulado por Lenore E. Walker no ano 1979. En esencia, o ciclo da violencia consta de tres fases: unha de tensión, unha de agresión e unha de calma (tamén coñecida como “lúa de mel”). Na novela obsérvase como se repite por completo este ciclo ata en dúas ocasións. A historia de Prudencia transcorre, durante máis da metade da obra, nunha primeira fase de tensión, onde esta vaise acumulando de xeito progresivo.

Aumentan os reproches, as hostilidades e os problemas no matrimonio, ata que a tensión deriva na agresión física que, como se pón de manifestó, vai acompañada dunha agresión sexual. Con posterioridade, a novela transcorre, con axilidade, pola fase de calma, situándose de novo na primeira fase de tensión, onde a muller tenta, a toda costa, “evitar” volver a ser agredida. Neste sentido, a autora da obra brinda ao lector a oportunidade de percorrer, dun xeito moi claro, todas e cada unha das fases do ciclo, e identificalas á perfección.

3.2. *O emprego de películas como recurso metodolóxico de ensino*

Outro recurso que facilita unhas posibilidades didácticas moi amplas son as películas. Ao igual que se expuxo no caso das novelas, unha adecuada selección de filmes permite a

³² Vid. MARÍN LÓPEZ, P., “La violencia de género desde la ley integral”, en *Congreso Abordaje Integral de la Violencia de Género Actualización: Zamora, Auditorio del Campus Universitario Viriato, 2, 3 y 4 de mayo de 2007, Libro de actas*, 2007, pp. 167 e ss.

aproximación do alumnado á violencia de xénero, dun xeito máis práctico. Neste caso, foi seleccionada a película española “Sólo mía”, dirixida por Alberto Balaguer e protagonizada por Paz Vega (no papel de Ángela), e Sergi López (no papel de Joaquín). A película, datada de 2001, é un bo exemplo para a abordaxe das cuestións referidas ao falar da novela “Algún amor que no mate” de Dulce Chacón. Porén, para non incidir nos mesmos aspectos, podemos destacar que a película data de 2001 e, polo tanto, presenta unha situación de violencia de xénero anterior á entrada en vigor da Lei Orgánica de Medidas de Protección Integral contra a Violencia de Xénero.

De feito, a película amosa boa utilidade para explicar as orixes da tipificación da violencia de xénero en España. A preocupación social pola violencia de xénero remóntase aos anos 80, cando o problema adquiriu unha dimensión pública. Un Informe da Comisión de Dereitos Humanos do Senado, publicado no ano 1989, puxo de manifesto como, até aquel preciso momento, o maltrato era entendido como un problema pertencente ao ámbito privado, á esfera familiar, por producirse os malos tratos no fogar, o cal, á súa vez, contribuía á súa ocultación social. Con este informe, a Comisión de Dereitos Humanos do Senado impulsou o recoñecemento da relevancia social da violencia familiar, e leváronse a cabo algunhas propostas coas que se pretendía confrontar os malos tratos a nivel individual, familiar, e social, procurando, á vez, a protección e a salvagarda dos dereitos constitucionais dos que moitas mulleres víanse privadas (como o dereito á igualdade, o dereito á liberdade ou o dereito á integridade física e moral, que se vían afectados polos abusos de autoridade ilexítimos, as vexacións, as situacións de violencia física, psíquica...) e que eran, e continúan a ser, consecuencia dunha conciencia social de subordinación da muller.

A pesar destes propósitos, o primeiro intento de tipificación deste tipo de violencia, concretado no artigo 425 do Código Penal, introducido pola Lei Orgánica 3/1989, de 21 de xuño, foi un fracaso, por varias razóns: o precepto incluía, de xeito indiferenciado, actos violentos producidos no seno de relacións persoais de moi diversa índole: afectivas, conxugais ou non, paterno-filiais...; adolecía dunha falta absoluta de determinación da habitualidade e o alcance da protección; incluía unha relación de suxeitos obxecto de tutela bastante cuestionable (a pesar de que, en principio, a finalidade do precepto era loitar contra a violencia de xénero); omitía calquera alusión aos actos de violencia psíquica ou de situacións complexas de conflito entre non convivintes en casos nos que o risco era patente (por exemplo en situacións de separación conxugal).

O fracaso deste primer intento de regulación, duramente criticado, foi achacado ao lexislador, por ter ignorado as recomendacións do xa mencionado informe da Comisión de Dereitos Humanos do Senado, e ter lexislado, en consecuencia, sin ter tomado conciencia das dimensións e complexidade do problema.

Esta primeira resposta punitiva, específica e autónoma, concretábase en penas de prisión que foron aumentando cos sucesivos cambios lexislativos. Sin embargo, a deficiente descripción da realidade tipificada facían desta unha resposta legal e do sistema penal inapropiada ante a violencia na parella. O resultado foi a inaplicación do precepto nos Tribunais, o que provocou que, na década seguinte á aprobación do mesmo, a violencia de xénero quedase impune, a pesar de ter coñecemento de que seguía existindo.

Coa aprobación do Código Penal de 1995, incluíuse a mesma tipificación na nova regulación, manténdose a prisión como pena. As sucesivas modificacións na materia fixeron que a resposta punitiva a esta lacra social fose variando de xeito considerable até a súa configuración actual, onde se mudou por completo o enfoque do problema, de modo que o texto penal, lexos de contar cun precepto específico, castiga unha amalgama de condutas (recollidas no artigo 57.1 CP: homicidio, aborto, lesións, contra a liberdade, de torturas e contra a integridade moral, trata de seres humanos, contra la liberdade e a indemnidade sexuais, a intimidade, o dereito á propia imaxe e a inviolabilidade do domicilio, o honor, o patrimonio e a orde socioeconómica) como violencia de xénero, sempre e cando ditos ilícitos se cometan contra a mujer que sexa ou fose cónxuxe, ou contra a persoa que esté ou estive ligada ao agresor por unha relación de afectividade análoga á conxugal.

4. CONCLUSIONES

Polo exposto, vemos que unha adecuada selección de novelas e películas curtas e sixelas conta cunhas posibilidades pedagóxicas amplias, neste caso, para coñecer a violencia de xénero dunha forma clara.

Permite que o alumnado se aproxime, dun modo sinxelo, ao fenómeno da violencia de xénero, e que cheguen a coñecer as súas dimensións. Asemade, bríndalle a posibilidade de desenvolver as súas capacidades interpretativas e relacionais, de xeito que sexan capaces de extraer tódolos contios que a obra expón, e relacionalos coa materia explicada nas clases expositivas.

Asemade, permítelles afondar nalgúns dos aspectos máis controvertidos da lexislación vixente en materia de violencia de xénero que, como se puxo de manifesto, céntrase, en esencial, na cuestión relativa á concreción do suxeito activo e a delimitación dos requisitos a ter en conta á ora de valorar que unha relación de afectividade é “análoga á conxugal” e merecedora, polo tanto, dunha protección reforzada.

Para finalizar, é preciso sinalar que a incorporación de novidades didácticas tamén encaixan á perfección coas premisas da Lei Orgánica 6/2001, de 21 de decembro, de Universidades.

Asemade, estas metodoloxías tamén casan coa forma de educar promovida polo Espacio Europeo de Educación Superior. En concreto, o apartado 2 do seu Documento-Marco, ao plantexar novos retos para o sistema universitario español, dispón que a sociedade do coñecemento precisa de cambios e innovacións nas formas tradicionais de formación e comunicación da información. Incide, dun xeito máis específico, en que a institución universitaria debe desempeñar unha función decisiva neste novo escenario, onde a formación científica, humanística, artística e técnica adquire unha relevancia social transcendental para a construción dunha comunidade europea de cidadás e cidadáns.

Este desenvolvemento da sociedade do coñecemento, vai precisar de novas estruturas organizativas, máis flexibles, na educación superior, que á súa vez posibiliten, tanto un amplo acceso social ao coñecemento, como unha capacitación persoal crítica, que favoreza, como expresa o Documento-Marco, a interpretación da información e a xeración do propio coñecemento, para o que é preciso unha nova concepción da formación académica, máis centrada na aprendizaxe do alumnado, e unha revalorización da función docente do profesorado universitario que incentive a súa motivación e que recoñeza os esforzos encamiñados a mellorar a calidade e a innovación educativa.

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M., “Violencia de género”, *Harlax, Revista técnica del Ertzaina*, nº 2001/38, abril 2000.

ACALE SÁNCHEZ, M., *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus, Madrid, 2006.

ACALE SÁNCHEZ, M., “Victimas de la violencia de género y consecuencias jurídicas del delito para el agresor”, en CERVILLA GARZÓN, M. D., y FUENTES RODRÍGUEZ, F. (Coords.), *Mujer, violencia y derecho*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2006.

ACALE SÁNCHEZ, M., “Análisis del Código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal”, en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (Coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

ACALE SÁNCHEZ, M., “Análisis del Código Penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal”, *REDUR*, nº 7, diciembre 2009.

ACALE SÁNCHEZ, M., “Ejecución de penas y tratamiento postdelictual del maltratador”, en DE HOYOS SANCHO, M. (Coord.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J., “Estudio de una regulación anunciada: el delito de maltrato habitual”, *ADPCP*, Vol. LII, 1999.

BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J., “Las violencias habituales en el ámbito familiar: artículo 173.2 del Código Penal”, en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (Coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

CARBALLO CUERVO, M. A., “Estudio sobre la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en VVAA, *Violencia Doméstica*, Sepín, Madrid, 2005.

CARDINAUX, N., “La literatura en el proceso de investigación y enseñanza del derecho”, *Derecho y Ciencias Sociales*, nº 11, octubre 2014.

- “Inserciones de la literatura en la enseñanza del Derecho”, *Academia. Revista sobre la enseñanza del Derecho*, Año 13, nº 25, 2015.

CASABÓ RUIZ, J.R. en CÓRDOBA RODA, J., y otros, *Comentarios al Código Penal, Tomo II (arts. 23-119)*, Ariel, Barcelona, 1972.

COMAS D´ ARGEMIR I CENDRA, M., y QUERALT I JIMÉNEZ, J. J., “La violencia de género: política criminal y ley penal”, en VVAA, *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, 2005.

DEL ROSAL BLASCO, B., “La política criminal contra la violencia doméstica: ¿alguien da más?”, en VVAA, *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2006.

DOMÍNGUEZ RUIZ, L., “Tutela procesal de la violencia de género: cuestiones controvertidas y soluciones recientes”, *Diario La Ley*, nº 7327, Sección Doctrina, 25 de enero de 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY (LA LEY 21930/2009).

GÓMEZ COLOMER, J. L., *Violencia de género y proceso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

GUERRA GONZÁLEZ, R., “A vueltas con la análoga relación de afectividad”, *Abogados. Revista del Consejo General de la Abogacía*, nº 85, abril, 2014.

GUINARTE CABADA, G., “Algunas cuestiones polémicas en la interpretación de los delitos de violencia de género”, en RODRÍGUEZ CALVO, M., VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La violencia de género. Aspectos médico-legales y jurídico-penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

LARRAURI PIJOAN, E., *Criminología crítica y violencia de género*, Trotta, Madrid, 2007.

LARRAURI PIJOAN, E., “Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2009.

MAGRO SERVET, V., “¿Cómo debe interpretarse la expresión “análoga relación de afectividad aun sin convivencia” en los delitos de violencia de género?”, *La Ley Penal*.

MARÍN LÓPEZ, P., “La violencia de género desde la ley integral”, en *Libro de Actas del Congreso Abordaje Integral de la Violencia de Género Actualización: Zamora*, Auditorio del Campus Universitario Viriato, 2, 3 y 4 de mayo de 2007.

MARTÍNEZ DERQUI, J., *Encuentro Taller sobre conclusiones extraídas de los últimos informes elaborados por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género*.

MARTÍNEZ GARCÍA, E., *La prevención y erradicación de la violencia de género. Un estudio multidisciplinar y forense*, Aranzadi S.A., Navarra, 2012.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I., en GÓMEZ RIVERO, C. (coord.), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2010.

MARTÍNEZ PARDO, V. J., “La ejecución de las penas en los delitos de violencia de género”, en MARTÍNEZ GARCÍA, E. (Dir.), VEGAS AGUILAR, J. C. (Coord.), *La Prevención y Erradicación de la Violencia de Género*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor- Navarra, 2012.

MEDINA, J. J., *La violencia contra la mujer en la pareja: investigación comparada y situación en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MEDINA, L., y MARAÑÓN, M., *Leyes penales de España conforme a los textos oficiales*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947.

MIR PUIG S., *Derecho Penal. Parte General*, Reppertor, Barcelona, 2004.

MIRAT HERNÁNDEZ, P., ARMENDARIZ LEÓN, C., *Violencia de género versus violencia doméstica: consecuencias jurídico-penales. Estudio del Título IV de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A., Madrid, 2006.

OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: Análisis teórico y jurisprudencial*, Atelier, Barcelona, 2001.

QUINTERO OLIVARES, G., “La ley penal y la violencia de género”, en ROIG TORRES, M. (dir.), *Medidas de prevención de la reincidencia en la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

SCHENEIDER, E., *Battered Women and Feminist Lawmaking*, New Heaven, Yale University Press, 2000.

SUÁREZ LÓPEZ, J. M., “La importancia del empleo de metodologías innovadoras en la enseñanza del Derecho penal”, *Anales del Derecho*, nº 32, 2014.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. La caja 507 y el régimen jurídico-penal de los incendios forestales: (o sobre el cine como recurso didáctico en la enseñanza del Derecho Penal, en VIVES ANTÓN, T. S.; CARBONELL MATEU, J. C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; ALONSO RIMO, A.; ROIG TORRES, M. *Crímenes y castigos. Miradas al Derecho penal a través del arte y la cultura*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

VILLALBA SÁNCHEZ, A. “La perspectiva de género en la docencia universitaria: el derecho del trabajo”, *Revista Internacional de Investigación e Innovación en Didáctica de las Humanidades y las Ciencias*. Santiago de Compostela, 2014.

LA EXPOSICIÓN DE MENORES A ACTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO COMO AGRAVANTE: ESTUDIO JURISPRUDENCIAL*

Natalia Pérez Rivas
*Profesora Contratada Interina de Derecho Penal
Universidad de Santiago de Compostela*

TITLE: *CHILDREN'S EXPOSURE TO GENDER VIOLENCE AS AN AGGRAVATING CIRCUMSTANCE: ANALYSIS OF THE CASE-LAW.*

RESUMEN: Los estudios muestran como, en la mayoría de los casos, las mujeres víctimas de violencia de género son madres que conviven con sus hijos menores de edad en el momento en que se producen las agresiones, convirtiéndose éstos últimos, por tanto, en víctimas de este ambiente de violencia. Lo alarmante de esta realidad radica en la relevancia que, en la interiorización de determinados patrones de funcionamiento social, las investigaciones otorgan al hecho de haber estado expuesto durante la infancia y adolescencia a actos de violencia de género (“transmisión intergeneracional de la violencia”). En atención a ello, el legislador español ha agravado la pena prevista para los tipos básicos de violencia de género, en su mitad superior, cuando su comisión tenga lugar, entre otras circunstancias, en “presencia de menores”. El carácter indeterminado de esta cláusula exige la realización de un análisis jurisprudencial a efectos de clarificar cuáles son los criterios utilizados para su aplicación.

ABSTRACT: *The studies show that, in most cases, the victims of gender violence have offspring and they share the family home with children at the time of the aggression, consequently they are at least indirect victims of the violent environment. This one is a worrying reality in relation to the relevancy that, in the internalization of certain pattern of social behavior, the researches give to the fact of having been exposed to acts of gender violence during childhood and adolescence (“intergenerational transmission of violence”). In response to this, the Spanish legislator has aggravated the sanction of the basic gender violence crimes when their commission takes place, among other circumstances, in “presence of minors”. The indeterminate character of this clause demands an analysis of the case-law in order to clarify which are the criteria used for its application.*

PALABRAS CLAVE: violencia de género, contexto comisivo, menores, circunstancia agravante.

KEYWORDS: *gender violence, commissive context, minors, aggravating circumstance.*

SUMARIO: 1. LA EXPOSICIÓN DE MENORES A ACTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL. 2. INCIDENCIA DE LA EXPOSICIÓN INDIRECTA DE LOS MENORES A ACTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN ESPAÑA. 3. EFECTOS DE LA EXPOSICIÓN INDIRECTA DE LOS MENORES A ACTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO. 3.1. *Efectos negativos a corto plazo.* 3.2. *Efectos negativos a largo plazo: la transmisión intergeneracional de la violencia.* 3.3. *Factores de protección.* 4. LA EXPOSICIÓN DE MENORES A ACTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO: LA RESPUESTA PENAL. 4.1. *Ámbito subjetivo.* 4.1.1. Concepto de menor. 4.1.2. Único menor o pluralidad de menores. 4.1.3. Integración o no en el núcleo familiar. 4.2. *Presupuesto objetivo.* 4.2.1. Presencia física o presencia sensorial. 4.2.2. Resultado o riesgo lesivo. 4.3. *Presupuesto subjetivo.* 4.4. *Concurrencia de varias agravantes específicas: principio non bis in idem.* 4.5. *Penalidad.* 4.6. *Aplicación de la agravante.* BIBLIOGRAFÍA

1. LA EXPOSICIÓN DE MENORES A ACTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

Hasta épocas relativamente recientes, los menores expuestos a actos de violencia de género eran objeto de escasa atención por parte de las instituciones siendo conceptuadas como “víctimas invisibles” (Osofsky, 1999). A este hecho ha contribuido la inexistencia de un término unívoco y lo suficientemente onmicomprensivo de los perjuicios que para un menor conlleva el hecho de crecer en un entorno caracterizado por la violencia, el miedo, la humillación, etc. (Holt et al., 2008).

Inicialmente estos menores eran referenciados como “hijos e hijas de mujeres maltratadas”, es decir, como meros apéndices de la víctima directa de la violencia de género para los que, parecía, no se derivaba ningún tipo de consecuencia ante la situación vivida. Posteriormente fueron considerados “testigos de la violencia de género en pareja”, terminología con la que se asigna al menor un rol pasivo de menor observador de unos hechos de los que, al igual que en la primera nomenclatura, parecía no derivarse ningún tipo de consecuencia negativa para aquél¹. En la actualidad, los términos más utilizados es el de “menor expuesto a la violencia de género en pareja” (Holden, 2003)² o “menor víctima de la violencia de género en pareja” con los que se pretende reflejar, ya de forma plena, los efectos negativos que para el menor se derivan como consecuencia de presenciar física o sensorialmente o verse directamente involucrados en esos actos comisivos (Reyes Cano, 2015; Lizana Zamudio, 2014; Atenciano, 2009).

Esta exposición puede ser directa -los menores experimentan el mismo tipo a actos ejercidos por el hombre contra quien sea o haya sido su cónyuge o esté o haya estado ligado a aquél por una relación de similar efectividad, aun sin convivencia, lo que los convierte en víctimas de violencia doméstica- o indirecta. Ésta última, en la que centraremos nuestra atención, se produce tanto por el hecho de cometerse los actos de violencia de género en su presencia como por no poder aquéllos tomar distancia

* El presente trabajo se inscribe en el marco de los Proyectos de Investigación “La violencia de género: problemas de calificación jurídico-penal” (FEM 2010-22350-C02-02) -financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad- y “Optimización y coordinación de los recursos públicos en el ámbito de la violencia de género: criterios médico-legales y socio-jurídicos” (2012-PN244) –financiado por el Instituto de la Mujer del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad- en los que he participado como investigadora.

¹ A este respecto afirmaba Atenciano (2015) afirma que “esta visión en parte pasiva, como meros espectadores, o accidentalmente agentes, implicaba que existía un espacio “no tóxico” en la unidad familiar, en el cual las y los menores de edad podían ser preservados de entrar en contacto con toda violencia ... pero la violencia no se limita a las agresiones, del tipo que sean. La violencia en el hogar no es un hecho puntual,... El maltrato es una forma de relación, es el aire que se respira en la casa, una atmósfera enrarecida, ajena a las necesidades de quienes integran la familia”.

² A tal efecto, Holden (2013) enumera diez tipos de exposición posibles, a saber: perinatal, intervención, victimización, participación, ser testigo presencial, escucha, observación de consecuencias inmediatas a la agresión, experimentar las secuela, escuchar sobre lo sucedido e ignorar los acontecimientos.

respecto de unos progenitores cuyas capacidades se hallan mediatizadas “por una dinámica relacional conflictiva y basada en la desigualdad” (Expósito & Ruiz, 2013).

En la actualidad, instrumentos tanto de ámbito internacional³ como nacional⁴ ya reconocen, de forma expresa, como una forma de violencia, aquella que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género, abogando por la implementación de medidas para su asistencia⁵. En este sentido, en el ordenamiento español, los menores expuestos a violencia de género pasan a conceptuarse como auténticas víctimas de la violencia quedando abarcados, en consecuencia, en el ámbito subjetivo de aplicación de la LO 1/2004⁶, debiendo pronunciarse el juez, de oficio, sobre las medidas civiles y penales que les afecten así como adecuar los servicios especializados a sus necesidades. A este respecto, la Ley 4/2015, de 27 de Abril, sobre el Estatuto de la víctima reconoce como uno de los titulares del derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo ofrecidos por las OAVD a los hijos menores y los menores sujetos a tutela, guarda y custodia de las mujeres víctimas de violencia de género o de las víctimas de violencia doméstica (arts. 10 Ley 4/2015 y 13.4 RD 1109/2015).

2. INCIDENCIA DE LA EXPOSICIÓN INDIRECTA DE LOS MENORES A ACTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN ESPAÑA

Las estadísticas e informes oficiales sobre la violencia de género no reflejan la prevalencia de menores expuestos a la violencia de género en el ámbito familiar. La dimensión cuantitativa de este tipo de victimización es únicamente detectable a través bien de las encuestas de victimización -que pese a adolecer igualmente del inconveniente de no detectar toda la criminalidad, son las que más nos aproximan a su realidad, convirtiéndose en uno de los indicadores de delincuencia más utilizados- bien a través de estudios empíricos realizados *ad hoc*, siendo la fuente de información, casi de forma exclusiva, la propia progenitora victimizada.

³ Resolución 1714 (2010) del Consejo de Europa sobre menores testigos de violencia doméstica.

⁴ Así, en la Exposición de Motivos de la LO 1/2004 se reconoce que “las situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas directas o indirectas de esta violencia”. En esta línea, la Exposición de Motivos de la LO 8/2015 remarca el hecho de que “cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable. Entre ellas, es singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género [...]”.

⁵ El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul, 2011) establece, en su artículo 26, “la necesidad de proteger y apoyar a los niños testigos, al instar a que “las partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que, en la oferta de servicios de protección y apoyo a las víctimas, se tengan en cuenta adecuadamente los derechos y necesidades de los niños testigos de todas las formas de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio”.

⁶ De conformidad con lo preceptuado en el art. 1.2 LO 1/2004, en la nueva redacción dada por la Disposición Final Tercera de la LO 8/2015, “por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia”.

Así, en un estudio realizado, en 2001, con una muestra de 1.146 estudiantes de centros de enseñanza media de la provincia de Santa Cruz de Tenerife, se constató que el 12% de ellos habían presenciado, al menos una vez, cómo sus padres agredían físicamente a sus madres (empujar o pegar), incrementándose estos porcentajes cuando de insultos (33.3%) o lanzamiento de objetos (23,2%) se trataba (González Méndez & Santana Hernández, 2001). Se trata de un porcentaje relevante, pero notablemente inferior, en todo caso, a los registrados en otros trabajos en los que su incidencia afectaba al 70-85% de los menores (Labrador et al., 2010; Corbalán & Patró, 2003). En un punto intermedio se sitúan los datos derivados de la Macroencuesta realizada, en 2015, por la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, que ponen de relieve que, del total de mujeres encuestadas que tenían hijos/as menores cuando se produjeron los episodios de violencia (física, sexual o miedo de sus parejas o exparejas), el 58,8% afirma que aquéllos presenciaron o escucharon alguna de las situaciones de violencia. En términos absolutos, la cifra de menores expuestos anualmente en nuestro país se cuantificó en 188.000 (Unicef Bodyshop, 2006).

En cuanto a los casos de exposición indirecta a la violencia de género más graves, esto es, aquellos que tienen como resultado la muerte de la mujer, se concluye, como resultado del análisis de las sentencias judiciales dictadas, a este respecto, por los Tribunales del Jurado y/o por las Audiencias Provinciales, durante los años 2007 a 2015, que, en un 10,29% de los casos, los hijos e hijas menores de edad fueron testigos de esos hechos.

3. EFECTOS DE LA EXPOSICIÓN INDIRECTA DE LOS MENORES A ACTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

La exposición indirecta a la violencia de género constituye una forma de violencia psicológica contra el menor y, en consecuencia, una modalidad de maltrato infantil (Resolución 1714/2010, del Consejo de Europa). A este respecto, la Academia Americana de Pediatría reconoce que ser testigo de actos de violencia de género puede ser tan traumático para el menor como el hecho de ser víctima de abusos físicos o sexuales.

Las diversas investigaciones realizadas en cuanto a los efectos sobre los menores como consecuencia de la exposición indirecta a la violencia de género han puesto de relieve que éstos presentan problemas internalizantes (cognitivo y emocionales) y externalizantes (conductuales y sociales) con mayor frecuencia que el resto de la población infantil (Sternberg *et al.*, 2006). Ello pone de relieve la necesidad de diseñar programas de intervención específicos para tratar de paliar repercusiones que conlleva para los menores la exposición a este tipo de violencia (Patró Hernández & Limañana Gras, 2005).

A efectos sistemáticos consideramos adecuado distinguir, por un lado, entre los efectos negativos a corto y largo plazo.

3.1. Efectos negativos a corto plazo

Los estudios realizados en este ámbito han puesto de manifiesto que estos menores presentan alteraciones de diversa índole. Así, en el ámbito físico, suelen presentar retrasos en su crecimiento, alteraciones en el sueño y en la alimentación, trastornos somáticos (v. gr. dolor de cabeza, náuseas, presencia de asma, etc.) y conductas regresivas en cuanto a habilidades psicomotrices ya adquiridas (Seijo *et al.*, 2009; Aguilar, 2008; OMS, 2002). En el ámbito psicoemocional se observan, principalmente, síntomas relacionados con el trastorno de estrés postraumático (insomnio, pesadillas, fobias, ansiedad, trastornos disociativos, etc.), baja autoestima, disminución de la capacidad empática y dificultades en la creación de relaciones de apego (Ramos *et al.*, 2011; Seijo *et al.*, 2009; Fowler & Chanmugam, 2007; Asensi, 2007; Bogat *et al.*, 2006; Graham-Bermann *et al.*, 2006; Sepúlveda, 2006; Corbalán & Patró, 2003; OMS, 2002). Finalmente, en cuanto al impacto conductual de este tipo de exposición podemos distinguir sus efectos en los ámbitos personal (dificultad de expresión y manejo de las emociones, sentimientos de culpabilidad e intolerancia a la frustración, interiorización y aprendizaje de modelos violentos, internalización de roles de género erróneos, parentalización), social (abuso de sustancias tóxicas, baja puntuación en la escala de competencias sociales, normalización de la violencia como instrumento legítimo de resolución de conflictos y realización de conductas agresivas contra sus padres o, especialmente, contra su madre), escolar (inhibición o agresividad hacia sus iguales, absentismo escolar, bajo rendimiento académico, alteraciones en la capacidad de atención, memoria y concentración) y familiar (polivictimización, poca comunicación, baja supervisión familiar) (Ramos *et al.*, 2011; Olaya *et al.*, 2010; Finkelhor *et al.*, 2009; Almeida *et al.*, 2008; Patró & Limiñana, 2005; Baker & Cuningham, 2004; Cottrell & Monk, 2004; Corbalán & Patró, 2003; Kitzmann *et al.*, 2003; Rodríguez *et al.*, 2003; Bancroft & Silverman, 2002; OMS, 2002).

Asimismo, constituye un factor de riesgo de primer orden de poder ser víctima de maltrato infantil. Así, en el III Informe Internacional Violencia contra la mujer en las relaciones de pareja en España se constató que el 29,27% de los menores habían sido víctima y observadores directos de la violencia de género (Sanmartín, 2010). Este porcentaje se sitúa en un término medio respecto de los resultados observados que, a este respecto, se derivan de los estudios de Labrador *et al.* (2010) y Corbalán & Patró (2003) que fijan su incidencia, respectivamente, en el 18,5% y el 66,6.

Desde el año 2013, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad ha procedido a incorporar a los datos estadísticos sobre violencia de género información sobre las

menores víctimas mortales de la violencia de género, habiéndose contabilizado, desde entonces, 14 menores asesinados.

3.2. *Efectos negativos a largo plazo: la transmisión intergeneracional de la violencia*

A largo plazo, las investigaciones han puesto de relieve que la exposición durante la infancia y adolescencia a actos de violencia de género conllevan la interiorización de determinados patrones de funcionamiento social. Así, tratándose de niños, ello constituye un poderoso predictor de manifestar una conducta violenta en la etapa adulta, mientras que, en el caso de las niñas, esa experiencia incidirá en una mayor predisposición a ser victimizadas por sus parejas (Palmetto *et al.*, 2013; Milletich *et al.*, 2010; Renner & Slack, 2006; National Center for Injury Prevention and Control, 2005; Herrenkohl *et al.*, 2004; Ehrensaft *et al.*, 2003; Patró *et al.*, 2003; Margolin *et al.*, 2003; Whitfield *et al.*, 2003; Lorente Acosta *et al.*, 2000; Stith *et al.*, 2000; Echeburúa *et al.*, 1997; Pelcovitz *et al.*, 1994). Este fenómeno ha sido denominado como “transmisión intergeneracional de la violencia de género”.

3.3. *Factores de protección*

El impacto que la exposición a actos de violencia de género tiene sobre los menores diferirá, no obstante, en atención a la concurrencia de ciertas variables que actuarán como factores de protección o de riesgo. A este respecto se ha constatado que, a menor edad, mayores son las consecuencias psicoemocionales. Asimismo, el pronóstico será más favorable respecto de aquellos menores que cuenten con una autoestima adecuada, tengan un buen rendimiento académico, ostenten habilidades sociales adecuadas o presenten una relación de apego seguro, factores que le permitirán desarrollar una imagen positiva de sí mismos. Igualmente presentan influencia a este respecto la tipología, la frecuencia, la severidad, el tiempo y los modos de exposición a los actos de violencia de género, así como la propia victimización del menor (Luzón *et al.*, 2011; Spilsbury *et al.*, 2008; Sani, 2007; Kitzmann *et al.*, 2003).

4. LA EXPOSICIÓN DE MENORES A ACTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO: LA RESPUESTA PENAL

La reforma operada por la LO 1/2004 en el ámbito penal ha venido a agravar la pena prevista para los delitos de maltrato ocasional (art. 153.3 CP), amenazas (art. 171.5 CP), coacciones (art. 172.2 CP) y delito de maltrato habitual (art. 173.2 CP) cuando en su comisión concorra, entre otras circunstancias⁷, la presencia de menores.

⁷ Otras circunstancias agravantes específicas de los delitos de violencia de género son: a) su perpetración en el domicilio familiar o en el de la víctima; b) la utilización de armas; c) el quebrantamiento de la pena de alejamiento del art. 48 CP –en cualquier de sus tres modalidades- o de la medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

Esta agravación responde a la necesidad de proteger a los menores, conforme a lo preceptuado en el art. 39 CE, del impacto que en la formación de su personalidad puede derivarse, como hemos visto, dada su mayor vulnerabilidad (Subijana Zunzunegui, 2006), del hecho de hallarse expuesto a actos violentos perpetrados en el ámbito familiar (SAP de Asturias núm. 156/2005, de 12 de mayo).

El carácter indeterminado de esta agravante exige analizar, jurisprudencialmente, los requisitos que sirven para su aplicación.

4.1. *Ámbito subjetivo*

4.1.1. Concepto de menor

Los diversos preceptos en que se contiene la agravante objeto de estudio no especifican ninguna edad como sí se hace en otros artículos (v. gr. art. 148.3 CP, que establece una edad de menor de 12 años). Es por ello que entendemos que el término menor comprende a todas aquellas personas que tengan menos de 18 años (arts. 12 CE y 315 CC) (Cristóbal Luengo, 2014; Paíno Rodríguez, 2014; Gorjón Barranco, 2013; en contra, Orejón Sánchez de las Heras, 2007).

La apreciación de la agravante exigirá, en todo caso, pese a no estar ello regulado legalmente, que el menor tenga capacidad intelectual suficiente para apreciar la realidad del maltrato, pudiendo verse afectado, por ello, su estabilidad emocional (Paíno Rodríguez, 2014; Orejón Sánchez de las Heras, 2007; Boldova Pasamar *et al.*, 2004; SSAP de Alicante núm. 403/2016, de 12 de julio; Tarragona núm. 444/2015, de 7 de diciembre; Vizcaya núm. 30/2005, de 14 de enero). A título ejemplificativo, la jurisprudencia ha considerado que un menor de 7 meses cuenta con dicha capacidad (SAP de La Rioja núm. 101/2013, de 14 de octubre).

4.1.2. Único menor o pluralidad de menores

La utilización del vocablo menores para la conceptualización de la agravante puede llevar a defender que la aplicación de la agravante tendrá lugar sólo cuando los actos comisivos se produzcan en presencia de dos o más menores. No obstante, tanto la doctrina como la jurisprudencia son unánimes en considerar que su apreciación cabrá, igualmente, cuando la agresión sea perpetrada en presencia de un único menor (Circular FGE 4/2003).

Por otro lado, la presencia de más de un menor no puede ser utilizada para agravar aún más la pena en función del mayor número de menores (STS núm. 737/2007, de 13 de septiembre), pero sí puede ser utilizada como un elemento más a considerar por el órgano judicial de cara a la individualización de la pena dentro del concreto marco penal (Paíno Rodríguez, 2014).

4.1.3. Integración o no en el núcleo familiar

De la redacción de la agravante no queda claro si, para su apreciación, se exige que el menor esté integrado dentro del núcleo familiar o círculo de personas contempladas en el art. 173.2 CP o si, por el contrario, es suficiente con que los hechos se perpetren ante cualquier menor.

Ciertamente, una interpretación literal permite, en principio, su aplicación con relación a cualquier acto de violencia de género que sea cometido en presencia de cualquier menor (SAP de A Coruña núm. 178/2011, de 20 de mayo; SAP Zaragoza 6/2005, de 18 de enero). La doctrina y la jurisprudencia mayoritaria vienen exigiendo, no obstante, para su apreciación, que el menor ante quien se cometen esos actos se halle integrado, en todo caso, en el núcleo familiar bien de ambos, bien de alguno de los integrantes de la pareja penal (v. gr. SAP de Santa Cruz de Tenerife, núm. 63/2011, de 21 de febrero).

No obstante, ello no solventa, en todo, la problemática en cuanto a la delimitación de su ámbito subjetivo al ser diversas las opiniones sobre cuándo debe entenderse que un menor se halla integrado en un núcleo familiar. Desde una postura de máximos se estima que ello no implica, necesariamente, la existencia de un vínculo familiar y, por tanto, deberá considerarse como integrado en el núcleo aquel menor que de forma temporal conviva con ésta (v. gr. alumno de intercambio, menor que pasa las vacaciones o incluso el fin de semana con la familia del amigo de la escuela), quedando en principio excluidos de su ámbito de aplicación aquellos hechos ocurren ante un menor cuya presencia es meramente accidental (v. gr. hechos que ocurren en la calle cuando transita un menor, o en la propia casa cuando un menor está de visita) (Paíno Rodríguez, 2014). La doctrina mayoritaria aboga, sin embargo, por una interpretación más restrictiva que circunscribe su ámbito subjetivo de aplicación a los menores que se hallen integrados en el círculo de sujetos referenciados en el art. 173.2 CP, por la afectación que la presencia de esos hechos pueda tener sobre su integridad moral (v. gr. hijos, nietos, etc.) (Cristóbal Luengo, 2014; Gorjón Barranco, 2010; Orejón Sánchez de las Heras, 2007; Acale Sánchez, 2006; Aránguez Sánchez, 2005; Cruz Blanca, 2004; Asúa Batarrita 2004; Circular FGE 4/2003; SSAP de Pontevedra núm. 164/2016, de 4 de noviembre; Madrid núm. 586/2016, de 7 de octubre).

4.2. *Presupuesto objetivo*

4.2.1. Presencia física o presencial sensorial

El diccionario de la RAE define la acción de presenciar como la asistencia personal o el estado de la persona que se halla delante de otra u otras o en el mismo sitio que ellas. Ello lleva a parte de la doctrina y jurisprudencia a limitar su apreciación a aquellos casos en los que, en el momento de la agresión, el menor se halle presente físicamente teniendo, por tanto, conocimiento directo del acto lesivo mediante su visualización (Queralt Jiménez, 2015). Desde otras posiciones, más acertadas en nuestra opinión, se

aboga por una interpretación amplia del término que abarque también aquellos casos en los que la percepción del hecho comisivo tiene lugar, por ejemplo, de forma meramente auditiva (Cristóbal Luengo, 2014; Orejón Sánchez de las Heras, 2007; Cruz Blanca, 2004; SSAP de Madrid núm. 774/2016, de 23 de noviembre; Sevilla núm. 466/2016, de 26 de septiembre; Las Palmas núm. 152/2015, de 9 de septiembre; Pontevedra núm. 114/2011, de 6 de julio; Alicante núm. 111/2006, de 21 de febrero). Es más, con relación a determinados tipos, tales como el delito de amenazas, sólo la escucha de las expresiones proferidas tiene sentido de cara a la aplicación de la circunstancia agravante, no siendo suficiente la mera visualización de la discusión (sin agresiones físicas) de los progenitores (SSAP de Valladolid núm. 364/2016, de 27 de diciembre; Murcia núm. 557/2013, de 26 de diciembre).

La presencia que se exige es la sensorial no circunscribiéndose, por tanto, a la estrictamente física.

4.2.2. Resultado o riesgo lesivo

La doctrina discute si para que concurra la agravación es necesario que se produzca el resultado lesivo sobre el menor o si, por el contrario, es suficiente con la existencia de un riesgo de que ese resultado lesivo se produzca.

La postura mayoritaria estima que la apreciación de la agravante tendrá lugar cuando la acción perpetrada en presencia del menor tenga entidad suficiente para poder alterar o perturbar el normal desarrollo intelectual y afectivo del menor sometiéndolo a una situación de estrés emocional que, de alguna manera, extiende los efectos de la victimización que sufren los sujetos pasivos directos del delito. No es necesario, en consecuencia, que, objetivamente, se produzca dicha afectación (SAP de Alicante núm. 403/2016, de 12 de julio). La corroboración de este riesgo que justifica el mayor desvalor del hecho cometido exige precisar dónde se hallaba el menor en el momento de la agresión así como cuál fue su reacción (SAP de Tarragona núm. 444/2015, de 7 de diciembre).

4.3. *Presupuesto subjetivo*

La apreciación de la agravante no requiere la concurrencia de ningún especial elemento subjetivo del injusto, conformándose con la conciencia del sujeto activo de la cercanía de un menor que pueda presenciar su acción agresiva y la voluntad de realizar ésta pese a ello (Orejón Sánchez de las Heras, 2007; Acale Sánchez, 2005; SSAP de Tarragona núm. 444/2016, de 7 de diciembre; Alicante núm. 403/2016, de 12 de julio; Sevilla núm. 540/2005, de 22 de diciembre).

4.4. Concurrencia de varias agravantes específicas: principio non bis in idem

La presencia de menores es, como hemos dejado sentado, una de las agravantes específicas de los delitos de violencia doméstica y de género, junto con su perpetración en el domicilio familiar o en el de la víctima, la utilización de armas y el quebrantamiento de la pena de alejamiento del art. 48 CP –en cualquier de sus tres modalidades- o de la medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. Éstas se configuran en la forma denominada tipo mixto alternativo, es decir, basta con la concurrencia de una de ellas en la comisión del hecho delictivo para que tenga lugar la correspondiente agravación de la pena. En caso de concurrir varias, ello no dará lugar a sucesivas agravaciones de la pena, sin perjuicio de que este hecho sea tomado en consideración por el órgano judicial de cara a la individualización de la pena dentro del concreto marco penal (STS núm. 515/2003, de 9 de septiembre).

Tratándose de un delito de maltrato habitual, en caso de concurrir sólo una de estas agravantes específicas, aquélla únicamente podrá ser tenida en cuenta, en virtud del principio de especialidad y de alternatividad (art. 8.1ª y 4ª CP), para agravar, preferiblemente, el delito de maltrato habitual en vez del acto de violencia en concreto. En el caso de apreciarse varias de ellas, en uno o en varios de los actos violentos, una bastará para agravar el delito de maltrato habitual y el resto podrán aplicarse a cada una de las agresiones en que hayan concurrido (STS núm. 580/2006, de 23 de mayo; Circular FGE 4/2003). Finalmente, si pudieran constituir un delito independiente - allanamiento de morada, tenencia ilícita de armas o quebrantamiento de condena o medida cautelar- se aplicarán las normas del concurso medial previsto en el art. 77 CP (STS núm. 613/2009, de 2 de junio).

4.5. Penalidad

La pena que le corresponderá al autor, en caso de apreciarse esta agravante, es la establecida en el tipo básico en su mitad superior.

4.6. Aplicación de la agravante

El grado de aplicación de cada una de las agravantes específicas de los delitos de violencia doméstica y de género difiere considerablemente. A tal efecto consideramos de interés los datos derivados de un estudio realizado en el área de la Fiscalía de Santiago de Compostela -juzgados de Muros, Negreira, Noya, Padrón, Ribeira y Santiago de Compostela-.

El periodo examinado abarcó desde julio de 2005 hasta diciembre de 2012, ascendiendo el número total de expedientes manejados a 580. El 68,62% (n= 398) de estos expedientes finalizaron con una sentencia condenatoria por la comisión de un total de 740 delitos.

La mayoría de esos hechos se tipificaron como delito de maltrato ocasional (39,72%). A continuación se situaron los delitos de amenazas (20%), los delitos de maltrato habitual (13,78%), los delitos de quebrantamiento (5,54%), los delitos de coacciones (4,86%) y los delitos de lesiones (2,03%). Insignificante es, por el contrario, el número de condenas por la comisión de un delito contra la libertad e indemnidad sexual (0,25%),

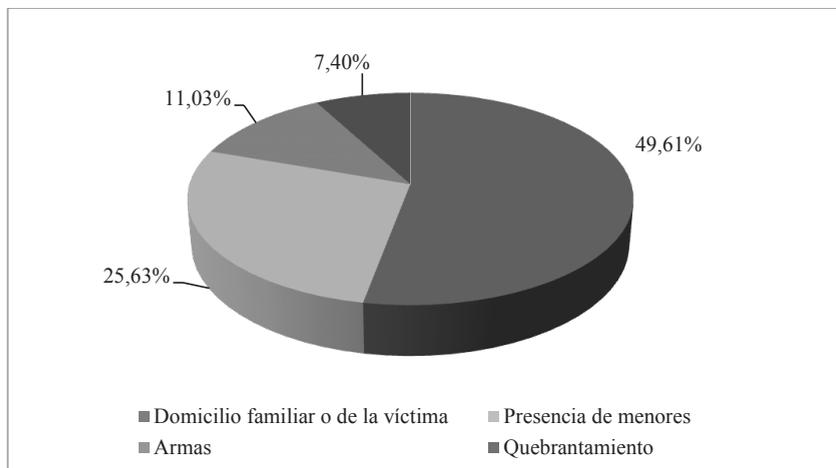
En cuanto a la prevalencia de la aplicación de las circunstancias agravantes específicas debemos resaltar los siguientes datos:

- a) La mayoría de las agresiones se cometieron, corroborando los datos de otros estudios (CGPJ, 2016), en la intimidad del hogar familiar (en un 49,61% de los casos). Ello hace de las víctimas testigos privilegiados respecto de los hechos denunciados⁸.
- b) Un porcentaje elevado de las víctimas eran madres que convivían con sus hijos menores cuando se produjo el abuso (62,50%, n= 140). Los menores se hallaban presentes en la comisión del 25,63% de los delitos analizados. Pero es más, esos menores fueron destinatarios directos de la violencia en un 32,35% de los casos.
- c) El uso de armas en la agresión fue infrecuente (11,03%). Las armas empleadas fueron, principalmente, armas blancas -cuchillos, navajas- (46,87%) y objetos contundentes -paraguas, palos, correa de perro- (43,75%). Otros instrumentos tuvieron una incidencia minoritaria (agentes químicos, 4,69%; armas de fuego, 1,56%). Eso sí, su utilización tuvo, en buena parte de los casos, una finalidad meramente intimidante.
- d) Por último, la comisión de nuevas agresiones contra la mujer con ocasión de un quebrantamiento sólo se observó en un 7,40% de los expedientes analizados. De

⁸ En este sentido, su declaración podrá erigirse en prueba de cargo, en ocasiones, la única existente (CGPJ 2016 y 2009), con valor suficiente para desvirtuar por sí misma la presunción de inocencia siempre que, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS núm. 567/2015, de 6 de octubre; núm. 400/2015, de 25 de junio; núm. 794/2014, de 4 de diciembre), se aprecien los siguientes elementos: i) ausencia de incredibilidad subjetiva que resulte de sus características –grado de desarrollo o madurez- y circunstancias personales -inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar bien de las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima, como un posible motivo impulsor de sus declaraciones, o bien de las previas relaciones acusado-víctima, denotativas de móviles de odio o de resentimiento, venganza o enemistad, enfrentamiento, interés o de cualquier índole- que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre; ii) verosimilitud de su testimonio, basada en la lógica de su declaración y constatada por la concurrencia ciertas corroboraciones periféricas de carácter objetivo (informes médicos, psicológicos, sociales, etc.); iii) persistencia, concreción y coherencia del testimonio inculpativo.

éstos, el 51,22% lo fueron de la pena accesoria de alejamiento (art. 48 CP), en tanto que el 43,90% de la análoga medida cautelar (art. 544 bis LECrim)⁹.

Figura 1. Aplicación agravantes específicas delitos de violencia doméstica y de género



BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M., *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus, Madrid, 2006.

ACALE SÁNCHEZ, M., “Los nuevos delitos de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 15, pp. 11-54.

AGUILAR REDORTA, L., *Niños y niñas expuestos a violencia de género: una forma de maltrato infantil*. Disponible en: www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/VG_casomalttrato.pdf

ALMEIDA, T.C., ABRUNHOSA, R. & SANI, A. I (2008). La Agresividad en niños que testimonian la violencia de género. *Anuario de Psicología Jurídica*, 2008, vol. 18, pp. 113-118.

⁹ Pese a su ineficacia para excluir la punibilidad del comportamiento (acuerdo de la Sala 2ª del TS, de 25 de noviembre de 2008) (PÉREZ RIVAS, 2016), creemos oportuno destacar que en ninguno de los supuestos de incumplimiento medió el consentimiento de la víctima. Ello pese a que la incidencia de los casos de quebrantamiento consentido en la Comunidad Autónoma de Galicia se cifró en el 53,40% (PÉREZ RIVAS, 2013).

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ C., “El delito de maltrato doméstico y de género del art. 153 CP”, en CARBONELL MATEU, J.C., DEL ROSAL BLASCO, B., MORILLAS CUEVA, L., ORTS BERENGUER, E., QUINTANAR DÍEZ, M., (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 11-34.

ASÚA BATARRITA, A., “Los nuevos delitos de violencia doméstica tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre”, *Cuadernos Jurídicos José María Lidón*, 2004, Vol. 1, pp. 201-234.

ATENCIANO, B., “Menores Expuestos a Violencia contra la Pareja: Notas para una Práctica Clínica Basada en la Evidencia”, *Revista Clínica y Salud*, 2009, vol. 20, núm. 3, pp. 261-272.

BAKER, L. & CUNNINGHAM, A., *What about me! Seeking to understand a child's view of violence in the family*. London ON: Centre for children & Families in the justice system, 2004.

BANCROFT, L., & SILVERMAN, J.G., “Power parenting. The batterer’s style with children”, en BANCROFT, L., & SILVERMAN, J.G., *The batterer as parent. Addressing the impact of domestic violence on family dynamics*, Sage Publications, California, 2002, pp. 29-53.

BOGAT, G. A., DEJONGHE, E., LEVENDOSKY, A. A., DAVIDSON, W. S., & VON EYE, W., “Trauma symptoms among infants exposed to intimate partner violence”, *Children Abused and Neglect*, 20006, vol.30, pp. 109-125.

BOLDOVA PASAMAR, M.A., & RUEDA MARTÍN M^a.A., “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal”, *Diario La Ley*, núm. 5, 2004, pp. 1574-1580.

CORBALÁN, J., & PATRÓ, R., “Consecuencias psicológicas de la violencia familiar: mujeres maltratadas e hijos de hogares violentos”. Conferencia invitada en las II Jornadas sobre Mujer y Salud: Interacción de los contextos familiar y laboral. Murcia, Mayo 2003.

COTTRELL, B., & MONK, P., “Adolescent-to-Parent abuse: A qualitative overview of common themes. *Journal of Family*, 2004, vol. 25, pp. 1072-1095.

CRISTÓBAL LUENGO, H. J., *Violencia doméstica: estudio crítico-empírico de su problemática sustantiva y del tratamiento aplicado en los centros penitenciarios españoles*. Tesis Doctoral. Universidad Camilo José Cela, 2014.

CRUZ BLANCA, M^a.J., “Los subtipos agravados del delito de violencia doméstica habitual”, *Cuadernos de Política Criminal*, 2004, núm. 82, pp. 131-162.

ECHEBURÚA, E., CORRAL, P., SARASUA, B. & ZUBIZARRETA, I., “Tratamiento cognitivo-conductual del trastorno de estrés postraumático crónico en víctimas de maltrato doméstico: un estudio piloto”. *Análisis y Modificación de Conducta*, 1997, vol. 22, pp. 627-654.

EHRENSAFT, M., COHEN, P., BROWN, J., SMAILES, E. & CHEN, H., “Intergenerational Transmission of Partner Violence: a 20-Year Prospective Study”, *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 2003, vol. 71, núm. 4, pp. 741-753

FINKELHOR, D., TURNER, H., ORMROD, R., HAMBY, S. & KRACKE, K., *Children's Exposure to Violence: A Comprehensive National Survey*, Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice, Washington, 2009.

FOWLER, D.N. & CHANMUGAM, A., “A Critical Review of Quantitative Analyses of Children Exposed to Domestic Violence: Lessons for Practice and Research”, *Brief Treatment and Crisis Intervention*, 2007, vol. 7, núm. 4, pp. 322-344.

GONZÁLEZ MÉNDEZ, R. & SANTANA HERNÁNDEZ, J.D., “La violencia en parejas jóvenes”, *Psicothema*, 2001, vol. 13, nº 1, pp. 127-131

GRAHAM-BERMANN, S. A, GRUBER, G., HOWELL, K. H., & GIRZ, L., “Factors discriminating among profiles of resilience and psychopathology in children exposed to intimate partner violence”, *Children Abused and Neglect*, 2009, vol. 33, pp. 648-660.

GORJÓN BARRANCO, M^a.C., *La tipificación del género en el ámbito penal: una revisión crítica a la regulación actual*, Iustel, Madrid, 2013.

HERRENKOHL, T. L., SOUSA, C. & TAJIMA, E. A., “Intersection of child abuse and children's exposure to domestic violence”, *Trauma, violence, and abuse*, 2008, vol. 9, núm. 2, pp. 84-99.

HOLDEN, G.W., “Children Exposed to Domestic Violence and Child Abuse: Terminology and Taxonomy”, *Clinical Child and Family Psychology Review*, 2003, vol. 6, núm. 3, pp. 151-160.

HOLT, S., BUCKLEY, H. & WHELAN, S., “The Impact of Exposure to Domestic Violence on Children: A Review of the Literature”, *Child Abuse and Neglect*, 2008, vol. 32, pp. 797-810.

KITZMANN, K. M., GAYLORD, N. K., HOLT, A. R., & KENNY, E. D., “Child witness to Domestic Violence: A Meta-Analytic Review”, *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 2003, vol. 71, núm. 2, pp. 339-352.

LABRADOR ENCINAS, F.J., FERNÁNDEZ VELASCO, M^a.R. & RINCÓN, P., “Características psicopatológicas de mujeres víctimas de violencia de pareja”. *Psicothema*, 2010, vol. 22, pp. 99-105.

LIZANA ZAMUDIO, R., *A mí también me duele: niños y niñas víctimas de la violencia de género en la pareja*, Gedisa, Barcelona, 2012.

LORENTE ACOSTA, M., LORENTE ACOSTA, J.A., LORENTE ACOSTA, J., MARTÍNEZ VILDA, M^a.E. & VILLANUEVA CAÑADAS, E., “Síndrome de agresión a la mujer. Síndrome de maltrato a la mujer”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2000, pp. 1-9.

LUZÓN, J. M., RAMOS, E., SABOYA, P. R., & PEÑA, E. M., *Andalucía detecta: impacto de la exposición a violencia de género en menores*. Disponible en: <http://www.juntadeandalucia.es/iam/catalogo/doc/iam/2011/143337359.pdf>

MARGOLIN, G., GORDIS, E.B., MEDINA, A.M. & OLIVER, P.H., “The Co-Occurrence of Husband-to-Wife Aggression, Family-of-Origin Aggression, and Child Abuse Potential in a Community Sample”, *Journal of Interpersonal Violence*, 2003, vol. 18, núm. 3, pp. 413-440.

MILLETICH, R.J., KELLEY, M. L., DOANE, A.N. Y PEARSON, M. R., “Exposure to interparental violence and childhood physical and emotional abuse as related to physical aggression in undergraduate dating relationships”, *Journal of Family Violence*, 2010, vol. 25, núm. 7, pp. 627-637.

OLAYA, B., TARRAGONA, M.J., DE LA OSA, N. & EZPELETA, L., “Protocolo de evaluación de niños y adolescentes víctimas de la violencia doméstica”, *Papeles del Psicólogo*, 2008, vol. 29, núm. 1, pp. 123-135.

OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N., *Delitos de violencia en el ámbito familiar: las agravante específicas y prohibición de incurrir en bis in idem*, Thomson-Civitas, Navarra, 2007.

OSOFSKY, J.D., The Impact of Violence on Children, *The Future of Children: domestic Violence and Children*, 1999, vol. 9 (3), pp. 33-49.

PAÍNO RODRÍGUEZ, F.J., *Aspectos problemáticos de los delitos de violencia doméstica y de género: especial consideración a las dificultades aplicativas*. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid, 2014.

PALMETTO, N., DAVIDSON, L., BREITBART, V. Y RICKERT, V. I., “Predictors of physical intimate partner violence in the lives of young women: Victimization, perpetration, and bidirectional violence”, *Violence and Victims*, 2013, vol. 28, núm. 1, pp. 103-121.

PATRÓ HERNÁNDEZ, R., & LIMINANA GRAS, R. M., “Víctimas de violencia familiar: Consecuencias psicológicas en hijos de mujeres maltratadas”, *Anales de Psicología*, 2005, vol. 21, núm. 1, pp. 11-17.

PELCOVITZ, D., KAPLAN, S., SAMIT, C., KRIEGER, R. Y CORNELIUS, P., “Adolescent abuse: Family structure and implications for treatment”, *Journal of Child Psychiatry*, 1994, vol. 23, pp. 85-90.

PÉREZ RIVAS N., “Cuando la respuesta penal a la violencia de género se vuelve contra la víctima: aproximación a la realidad española”, *Política Criminal*, 2016, vol. 11, núm. 21, 2016, pp. 34-65.

PÉREZ RIVAS N., “El quebrantamiento consentido de la medida de alejamiento: (especial referencia a la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales de Galicia), en RODRÍGUEZ CALVO M^a.S., VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS F. (dirs.), *La violencia de género: aspectos médico-legales y jurídico-penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 261-310.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal Español Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

RENNER, L.M. & SLACK, K.S., “Intimate partner violence and child maltreatment: understanding intra and intergenerational connections”, *Child Abuse & Neglect*, 2006, vol. 30, núm. 6, pp. 599-617.

REYES CANO, P., “Menores y violencia de género: de invisibles a visible”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2015, vol. 49, pp. 181-217.

RODRIGUEZ, I., GAXIOLA, J. & FRIAS, M., “Los efectos conductuales y sociales de la violencia familiar en niños mexicanos”, *Revista de Psicología*, 2003, vol. 21, núm.1, pp. 41-69.

SANI, A.I., “Las consecuencias de la violencia interparental en la infancia”, en ARCE, R., FARIÑA, F., ALFARO, E., CIVERA, C. & TORTOSA, F. (eds.), *Psicología Jurídica. Violencia y víctimas*, Diputación de Valencia, Valencia, 2007, pp. 13-21.

SANMARTÍN, J., IBORRA, I., GARCÍA, Y. & MARTÍNEZ, P., *III Informe internacional sobre violencia contra la mujer en las relaciones de pareja*, Centro Reina Sofía para el estudio de la violencia, Valencia, 2010.

SEIJO, D., FARIÑA, F. & ARCE, R., “La violencia doméstica. Repercusiones en los hijos”, en FARIÑA, F., ARCE, R. & BUELA-CASAL, G., *Violencia de género*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2009, pp. 119-133.

SEPÚLVEDA, A., “La violencia de género como causa de maltrato infantil”, *Cuadernos de Medicina Forense*, 2006, vol. 12, pp. 149-164.

SPILSBURY, J.C., KAHANA, S., DROTAR, D., CREEDEN, R., FLANNERY, D.J. & FRIEDMAN, S., “Profiles of Behavioral Problems in Children Who Witness Domestic Violence”, *Violence and Victims*, 2008, vol. 23, núm. 1, pp. 3-17.

STERNBERG, K.J., BARADARAN, L.P., ABBOT, C.B., LAMB, M.E. & GUTERMAN, E., “Type of violence, age, and gender differences in the effects of family violence on children’s behavior problems: A mega-analysis”, *Developmental Review*, 2006, vol. 26, pp. 89–112.

STITH, S.M., ROSEN, K.H., MIDDLETON, K.A., BUSCH, A.L., LUNDEBERG, K. & CARLTON, R.P., “The intergenerational transmission of spouse abuse: A meta-analysis”, *Journal of Marriage & the Family*, 2000, vol. 62, núm.3, pp. 640–654.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal: del olvido al reconocimiento*, Comares, Granada, 2006.

WHITFIELD, C., ANDA, R., DUBE, S. & FELITTI, V., “Violent childhood experiences and the risk of intimate partner violence in adults: assessment in a large health maintenance organization”, *Journal of Interpersonal Violence*, 2003, vol. 18, núm. 2, pp. 166-185.

VIOLENCIA DE GÉNERO, JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN*

Cristina Alonso Salgado
*Investigadora del Área de Derecho Procesal
Universidad de Santiago de Compostela*

TITLE: *GENDER VIOLENCE, RESTORATIVE JUSTICE AND MEDIATION.*

RESUMEN: En la última década se ha debatido profusamente en la doctrina acerca de la conveniencia de incorporar la mediación al proceso penal español. El debate se ha multiplicado exponencialmente cuando a la premisa de partida se ha añadido la variable de género. El presente trabajo busca responder a los interrogantes que hoy día plantea en el sistema de Justicia penal español, el binomio violencia de género-mediación.

ABSTRACT: *In the last decade it has been discussed extensively in the literature on the desirability of incorporating mediation in the Spanish criminal proceedings. The discussion has multiplied exponentially when the starting premise has added the gender variable. This paper seeks to answer the questions posed today in the Spanish criminal justice system, the dual gender violence-mediation.*

PALABRAS CLAVE: violencia de género; justicia restaurativa; mediación.

KEYWORDS: *gender violence; restorative justice; mediation.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CRISIS DE LA JUSTICIA, MEDIACIÓN Y JUSTICIA RESTAURATIVA. 3. VIOLENCIA DE GÉNERO, JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El poco éxito demostrado por el actual modelo político-criminal en relación a la lucha contra la violencia de género, exige que nos cuestionemos buena parte de sus premisas de partida. Es más, exige que se modifique la perspectiva y se recurra a otros instrumentos complementarios al sistema de Justicia penal tradicional. En este sentido, ¿puede el procedimiento mediador, explícitamente vetado en el artículo 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, presentarse como un instrumento adecuado para intervenir sobre este tipo de violencia?¹.

Responder esta pregunta requiere, a nuestro juicio, arbitrar una respuesta con vocación integradora, esto es, exige justificar no sólo la conveniencia de modificar la perspectiva criminal en el abordaje de la violencia de género, sino la propia pertinencia de la incorporación de la metodología restaurativa -en particular de la mediación-, en el

* El presente trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto que, sobre las modificaciones del proceso penal, financia la Fundación Privada Manuel Serra Domínguez.

¹ ALONSO SALGADO y TORRADO TARRÍO (2011), p. 569.

sistema de Justicia penal español. Y ello porque aún hoy ambas cuestiones resultan, infelizmente, problemáticas en el debate especializado.

Así pues, el presente estudio se arbitrará en torno a dos partes íntimamente relacionadas pero, al tiempo, claramente diferenciadas: una primera vinculada a la necesaria determinación de lo que, en nuestra opinión, debe ser la mediación penal y la Justicia restaurativa en su interacción con el sistema de Justicia penal español; seguida de una segunda parte en la que se aborde la problemática en relación al binomio violencia de género-mediación penal.

2. CRISIS DE LA JUSTICIA, MEDIACIÓN Y JUSTICIA RESTAURATIVA

Conocida es, tanto la crisis general del sistema de Justicia español, como la específica relativa al ámbito penal. La primera de ellas afecta a los diferentes órdenes jurisdiccionales y encuentra sus razones en aspectos tales como el exceso de litigiosidad propio de nuestra cultura jurídica, la insuficiencia de medios humanos y materiales, etc.

A esos factores de general conocimiento, la Justicia en el ámbito penal añade sus propias problemáticas vinculadas a elementos como el debate en relación a los fines de la pena, el fracaso de la política resocializadora, el efecto estigmatizador de la prisión, etc. Es precisamente en este marco en el que cabe ubicar el denominado cambio de paradigma del Derecho Penal. La Justicia Restaurativa representa un modelo de Justicia que focaliza su interés en torno a la idea de reparar el daño generado por el hecho delictivo y a la de contribuir a que el victimario adquiera un nuevo aprendizaje, a través de la participación de las partes, para de este modo, restablecer la paz social.

Las virtualidades del procedimiento mediador –principal baluarte metodológico de la Justicia restaurativa– lo erige en un elemento de interés para la configuración del sistema de Justicia penal del presente y del futuro, en tanto que cuenta con potencialidades con una inequívoca impronta en algunas de las causas de la crisis de la Justicia penal que venimos de señalar.

En particular, el procedimiento mediador, en tanto que potencia su protagonismo, posibilita para el victimario –como decíamos– un nuevo aprendizaje social, al tiempo que revitaliza la posición de la víctima en el proceso, combatiendo de este modo los tan temidos efectos de la victimización secundaria. Además, en cuanto a la sociedad, la mediación penal coadyuva a identificar los parámetros de los diversos tipos de delincuencia, incorpora la cultura del diálogo a nuestra tradición jurídica y sitúa en el centro del debate la deshumanización del sistema de Justicia penal.

No obstante todo lo señalado, lo cierto es que aún hoy la mediación penal suscita no pocas objeciones en la doctrina española. Entre otras, se critica su presunta inadecuación en presencia de delitos graves; que posibilite, supuestamente, la extensión de la red de control social del sistema, la privatización de la Justicia, el acuerdo de

pactos desproporcionados o vejatorios, el menoscabo de los fines del Derecho penal, o de la coordinación de la política criminal del Estado.

Sin embargo, en nuestra opinión, buena parte de los referidos reparos pueden ser desactivados desde una correcta configuración del procedimiento mediador en el proceso penal. Así, sin agotar todas las contrarréplicas posibles, sirva como ejemplo para ilustrar esto que se acaba de señalar, que algunas de las objeciones decaen en el momento en que se aclara que el modelo por el que aquí se apuesta es, sin lugar a dudas, el de la mediación intrajudicial.

Muchos de los riesgos sistémicos apuntados se desvanecen tanto por la presencia del Ministerio Público, garante de la legalidad, como por la del órgano jurisdiccional, quien siempre tendrá la última palabra al respecto del caso derivado. En tales condiciones no cabe privatización alguna –nótese la existencia de otros institutos como la conformidad, por ejemplo–, ni el acuerdo de pactos desproporcionados o vejatorios.

En línea semejante, frente a la supuesta inadecuación de la mediación para aquellos hechos delictivos que causan una alta victimización, cabe rebatir el apriorismo de acuerdo al que, en ciertos delitos, el desequilibrio resulta, siempre y en todo caso, intrínseco a las propias partes.

De igual modo, a nuestro juicio, la mediación únicamente reconfigura los fines preventivos del sistema, sin que ello comporte menoscabo alguno. Y ello porque cada uno de los ítems del procedimiento mediador no hace sino incrementar la eficacia preventivo-especial del sistema, reduciendo tanto el riesgo de reincidencia delictiva, como de revictimización de la víctima. Asimismo, la mediación ofrece en relación a la prevención general positiva, la reafirmación de la norma transgredida mediante el reconocimiento del daño causado y de la voluntad de repararlo.

Con respecto a la perspectiva intimidatoria, cabe recordar que ésta no se logra sólo mediante de la pena, sino que también puede producirse, por ejemplo, ante el temor de ser juzgado. Además, ni la mediación penal, en tanto que intrajudicial, pretende en modo alguno reemplazar de manera generalizada la sanción penal, ni la perspectiva general negativa es la única finalidad que debe ser considerada por el legislador².

² No nos podemos detener en todos los contraargumentos, ello no obstante no nos resistimos a indicar que, con respecto a la objeción relativa a la presunta descoordinación de la política criminal del Estado, no cabe duda de que, en tanto que el procedimiento mediador acabará por profundizar una tendencia ya existente en el sistema de Justicia penal: la de la singularización del hecho delictivo.

En segundo lugar, aun cuando pueda parecer un ejercicio de tautología: no se puede afirmar con rotundidad, que existan hechos idénticos, en todo caso, análogos.

En tercer lugar, en tanto que mediación intrajudicial, todo se encuentra dentro del ámbito de control del órgano jurisdiccional, de modo que siempre resultará factible que víctima y/o victimario acudan al sistema de recursos.

Asimismo, siempre cabría la posibilidad de establecer una relación de hechos delictivos excluidos de la posibilidad.

Por último, cabe que, en efecto, una mala configuración de la incorporación de la mediación penal acabe por potenciar el efecto *net-widening*, de acuerdo con el que, lejos de atraer individuos del sistema penal, se acaba por atraerlos hacia el nuevo que se formula. Con todo, para evitar tal efecto basta con vincular el presupuesto despenalizador a la introducción del procedimiento mediador en el proceso penal, para que, de este modo, sirva para reemplazar la pena privativa de libertad y no acabe operando de manera paralela a la cárcel.

3. VIOLENCIA DE GÉNERO, JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN

En las líneas precedentes se da buena cuenta de algunos de los aspectos más relevantes en relación a la Justicia restaurativa y a la mediación en el sistema de Justicia penal español. Se ha defendido hasta el momento las virtualidades de la incorporación del procedimiento mediador al proceso penal. Con todo, no se pretende negar aquí el vivo debate existente en la literatura especializada en relación a la determinación de su ámbito objetivo.

En efecto, el debate con respecto a los tipos penales susceptibles de posibilitar la derivación a mediación, está trufado de consideraciones de política criminal, vinculadas a la cultura jurídica, etc.³. La cuestión a resolver es: ¿resulta posible mediar en todos los hechos delictivos? La determinación no puede venir de la mano del establecimiento de una relación *numerus clausus*, toda vez que el criterio fundamental debe partir, a nuestro juicio, de la evaluación de las concretas circunstancias y condiciones de cada caso en particular. Específicamente deberán considerarse aspectos subjetivos relativos a la igualdad entre víctima y victimario, así como a su situación emocional.

No se pretende negar que el enfoque que aquí se defiende se estructura sobre una perspectiva amplia. De conformidad con la misma, se considera la mediación una opción de interés, incluso en aquellos tipos penales en los que la incorporación del referido método acostumbra a generar una polémica en absoluto desdeñable. Evidentemente, la especificidad de algunos de los señalados tipos exigirá efectuar ajustes en cuanto al procedimiento de la mediación, el tipo de participación, etc. Y ello para posibilitar la opción mediadora en hechos delictivos tales como: delitos en los que la víctima y/o el victimario son personas jurídicas; delitos en régimen de tentativa; los delitos sin víctimas o de peligro abstracto, etc.

En esta relación de tipos conflictivos cabe destacar los hechos delictivos relacionados con la violencia de género⁴, justamente por ser este supuesto el que más controversia ha

³ “Hemos visto cómo la relación entre mediación y violencia de pareja ha suscitado importantes debates hasta el punto de que, en nuestro país, ha trascendido a nivel legal. La duda que se nos plantea es si en el fondo de esta polémica subyace realmente una cuestión ‘técnica’, en lo que se refiere a las limitaciones del propio proceso de mediación, o si defensores y detractores se dejan llevar más por otro tipo de cuestiones”, en MERINO ORTIZ, MÉNDEZ VALDIVIA y ALZATE SÁEZ DE HEREDIA (2013), p. 479.

⁴ “El término ‘violencia de género’ revela las raíces estructurales e instrumentales del problema: una

generado en la literatura especializada española⁵. Como es sabido, de conformidad con el artículo 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁶, en el sistema de Justicia penal español⁷ no resulta posible mediar en supuestos de violencia de género.

En efecto, no se trata de una decisión polémica *stricto sensu*, toda vez que no son pocas las voces⁸ que en idéntico sentido se vienen manifestando desde hace años.

Con todo, no representa la escogida por el legislador español, una opción pacífica. Y es que son también numerosas las voces que, en un sentido contrario al de su decisión, se han manifestado en defensa de una óptica más amplia en relación al debate mediación-violencia de género⁹.

En esta línea, cabe comenzar destacando la Recomendación n.º R (98)1 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre mediación familiar, de acuerdo con la que los Estados deberán velar por la existencia de métodos adecuados para que la mediación se lleve a cabo de conformidad con determinados principios (punto 3.9). En relación al específico objeto de nuestro estudio, los profesionales de la mediación deberán guardar especial celo a la hora de evaluar el supuesto, para de este modo detectar si ha habido violencia o si es susceptible de producirse en el futuro y si, en buena lógica, la mediación resulta o no adecuada.

Igualmente, de entre los posicionamientos contrarios a la exclusión de la mediación en supuestos de violencia de género, cabe destacar el “Informe sobre la violencia de género

violencia al servicio del mantenimiento del poder y el control del hombre sobre la mujer y que perpetúa la hegemonía de lo masculino sobre lo femenino. Nos acerca a una realidad que no obedece a diferencias biológicamente determinadas, sino a un componente, el género, fruto de la construcción y el aprendizaje social. Así, siguiendo a MAQUEDA, no se trata de una violencia aislada e individual que se manifiesta en el ámbito más privado de la familia y la pareja de aquel que ostenta una posición de superioridad –el varón- sobre la facción más débil, la mujer. Se trata de la expresión más cruenta de la longeva segregación universal cuyo germen responde a la naturaleza patriarcal de las estructuras sociales.

Tal y como manifiesta LAURENZO COPELLO, ambos tipos de violencia, la doméstica y la de género, aunque emparentadas, encarnan fenómenos diferentes, con distintas casuísticas y necesitados de respuestas independientes desde el sistema de justicia. La no diferenciación entre ambos conceptos ha dificultado el adecuado acercamiento al problema, al tiempo que ha conducido a que la violencia contra las mujeres quede diluida entre otras muchas manifestaciones de agresividad originadas por motivos dispares. Muchos autores, conscientes de las limitaciones del significado del término adoptado por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, han optado por el manejo de nuevos conceptos más gráficos, como por ejemplo ‘violencia masculina contra la mujer’”, en ALONSO SALGADO y TORRADO TARRÍO (2011), pp. 570 y ss.

⁵ DEL POZO PÉREZ (2011), pp. 283-325; DOMINGO DE LA FUENTE (2011), etc.

⁶ En adelante, LO 1/2004.

⁷ No nos adentraremos en otros debates: en este momento nos referimos al sistema de Justicia penal de adultos.

⁸ “Los argumentos a favor de la prohibición se basan fundamentalmente en el desequilibrio entre las partes y en el peligro que puede suponer, lo que ellos consideran, la reprivatización del conflicto”, en CANO SOLER (2015), pp. 198-199.

⁹ PASCUAL RODRÍGUEZ (2011), pp. 206-207.

en el ámbito familiar”¹⁰ del Consejo General del Poder Judicial¹¹ español. En el referido documento, el CGPJ subrayaba la conveniencia de abordar las infracciones leves relativas a la violencia doméstica¹² desde el orden jurisdiccional civil. Señalaba de igual modo, su interés en promover los mecanismos alternativos de resolución de controversias en los supuestos en los que las condiciones y la escasa gravedad del hecho así lo aconsejasen.

Con la opción civil se privilegia una visión en la que no se penalizan todos los elementos de la conflictividad de pareja. Y es que, “(...) *los sistemas legales que atribuyen a la jurisdicción civil la primera intervención, salvo que los hechos estén descritos en sus normas penales, implícitamente están aceptando que determinados hechos violentos no merecen la reacción retributiva del Estado a través del ‘ius puniendi’*”¹³.

En parecido sentido, y ya dentro de la literatura especializada española, pueden subrayarse pronunciamientos¹⁴ tales como los de ESTIRADO DE CABO de conformidad con el que lo taxativo de la prohibición de la LO 1/2004 acaba por negar la más que considerable heterogeneidad de casos vinculados a la violencia de género: desde infracciones leves hasta delitos graves insertos en una dinámica de sometimiento machista. Justamente por esto que se indica, el referido autor señala que lo ideal sería que los mediadores evaluaran la viabilidad del procedimiento mediador en estos supuestos, teniendo en consideración la situación psicológica de la víctima y su relación con el victimario¹⁵.

Esta misma línea es defendida por PASCUAL RODRÍGUEZ cuando señala que “*A pesar de que el art. 44.5 de la L.O 1/2004 de 29 de diciembre, prohíbe de manera indubitada la mediación en esa materia, personalmente yo me uno a las autorizadas y numerosas voces que han abogado por la supresión de esa limitación que no tiene justificación suficiente, si la mediación aparece correctamente enfocada y manejada por expertos conscientes de la eventual asimetría de la relación o situación de desigualdad. La prohibición absoluta me parece muy cuestionable*”¹⁶.

¹⁰ Tres años después de la Recomendación.

¹¹ En adelante, CGPJ.

¹² Nótese en relación a la referencia de “violencia doméstica” que el informe data de 2001.

¹³ CASTILLEJO MANZANARES (2010), p. 201.

¹⁴ En cuanto a argumentos favorables a la aplicación de procesos de Justicia restaurativa a casos de violencia de género, *vid.*, VILLACAMPA ESTIARTE (2012), pp. 106 y ss.

¹⁵ ESTIRADO DE CABO (2008), p. 213.

¹⁶ Y continúa indicando “*Con carácter general se puede afirmar que la violencia de género se ha regulado por el legislador penal de un modo que tiene poco en cuenta las posibilidades de participación de la víctima en el proceso. Este modelo sobreprotector es desde luego coherente con la prohibición de la mediación en esta materia, al no considerar a la mujer víctima de estos delitos con capacidad para intervenir en el proceso en la búsqueda de cualquier acuerdo reparador, cuando ni siquiera puede rechazar o pronunciarse sobre la medida de alejamiento. Cuando se legisló, parece que se pensó solamente en casos en los que efectivamente había una violencia física o psíquica grave y reiterada, no teniendo en cuenta que existen otro tipo de acciones que sí podrían ser tratadas a través del cauce de la*

La prohibición sorprende más aún si se tiene en cuenta que la psiquiatría especializada diferencia veinticinco niveles en la graduación del impacto de la violencia en las relaciones interpersonales de carácter familiar y que, en la mayoría de los referidos niveles -dejando por supuesto al margen los que representan violencia grave-, el procedimiento mediador se señala como una metodología idónea¹⁷.

A nuestro juicio la opción sobreprotectora que representa la prohibición de mediar no hace sino aplicar una *capitis diminutio* sobre la mujer víctima de violencia de género. Y ello porque la acaba proyectando como un ser incapaz, siempre y en todos los supuestos, de intervenir en un método diseñado, justamente, para empoderarla en la búsqueda de una solución consensuada al conflicto¹⁸.

Es por todo ello que entendemos que la mediación no debería prohibirse de manera generalizada para todos los supuestos vinculados a la violencia de género.

Resulta indiscutible que, en no pocas ocasiones, dada la desigualdad entre partes, el procedimiento mediador no será posible. Ello no obstante, lo cierto es que, en primer lugar, estas situaciones extremas no constituyen la totalidad de los supuestos. En segundo lugar, dado el extenso ámbito objetivo de la LO 1/2004, no se puede afirmar que la desigualdad sea consustancial a este tipo de hechos delictivos.

Así las cosas, parece que la necesaria diferenciación entre las situaciones aptas y no aptas sólo puede ser establecida por los profesionales de la mediación. En otras palabras, identificar y discriminar la referida viabilidad es una tarea que únicamente puede efectuar el equipo de mediación, a la luz, evidentemente, de las circunstancias y condiciones del supuesto¹⁹, el análisis de la situación emocional de víctima y victimario, etc.

Con todo, en relación a nuestra posición favorable a la posibilidad de mediar en determinados supuestos de violencia de género, no se puede dejar de destacar un reparo de una importancia en absoluto desdeñable, a saber: la obligatoriedad de la imposición de la pena accesoria de alejamiento²⁰. Ello no obstante, la referida objeción podría salvarse a través de la modificación del artículo 57 del Código Penal, en aras, justamente, de suprimir la señalada obligatoriedad y “(...) *dejarlo al arbitrio judicial en aquellos supuestos en los que se hubiera producido conciliación entre la víctima y la persona condenada*”²¹.

mediación penal”, en PASCUAL RODRÍGUEZ (2011), p. 205.

¹⁷ CASTILLEJO MANZANARES (2010), p. 202.

En línea contraria, DEL POZO PÉREZ (2011), pp.283 y ss.

¹⁸ ESTIRADO DE CABO (2008), pp. 212 y ss.

¹⁹ FERNÁNDEZ NIETO y SOLÉ RAMÓN (2010), p. 121.

²⁰ CASTILLEJO MANZANARES, ALONSO SALGADO y TORRADO TARRÍO (2011), p. 44

²¹ RÍOS MARTÍN y OLAVARIA IGLESIA (2008), pp. 264-265.

Idéntico razonamiento cabría efectuar ante aquellas disposiciones que, en línea semejante, buscan generar un espacio de seguridad para la víctima con base en la distancia –formulada a través de prohibiciones y deberes– con el victimario.

Nótese a este respecto, por ejemplo, lo dispuesto en el artículo 83 del Código Penal, recientemente modificado por el punto cuarenta y dos del artículo único de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo²², por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal²³.

De conformidad con el señalado artículo, cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, el órgano jurisdiccional podrá condicionar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad al cumplimiento de determinados deberes y prohibiciones que, en ningún caso, podrán resultar excesivos y desproporcionados.

El apartado segundo del mismo artículo establece que cuando se trate de delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, se impondrán siempre las prohibiciones y deberes indicados en las reglas 1.^a, 4.^a y 6.^a del artículo 83.1 del Código Penal.

Así pues, en presencia de los señalados supuestos, la posibilidad del órgano jurisdiccional se transforma en obligación de imponer la participación en programas formativos; la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquéllos de sus familiares u otras personas que se determinen, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos, o de comunicar con los mismos por cualquier medio; así como la prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos.

Tal y como se defendía para el artículo 57, el señalado reparo podría ser solventado a través de la modificación del artículo 83 del Código Penal para matizar la referida prohibición.

Con todo, en tanto las señaladas reformas no se producen, cabe recurrir en ambos tipos -así como en otros de naturaleza semejante-, a otras fórmulas restaurativas que, sin las limitaciones formales de la mediación, están en condiciones de aportar todo el acervo transformador del nuevo paradigma.

²² En adelante, LO 1/2015.

²³ *“Por otra parte, el tradicional régimen de sustitución de la pena pasa a ser regulado como una modalidad de suspensión en la que el juez o tribunal pueden acordar la imposición (como sustitutivo) de una pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad. Sin embargo, la conversión no se produce de forma automática, sino que se ofrece a jueces o tribunales la posibilidad de moderar su importe dentro de ciertos límites. Asimismo, se introduce como posible condición de la suspensión el cumplimiento de lo acordado entre las partes tras un proceso de mediación, en los casos en que legalmente sea posible”*, punto cuarto del preámbulo de la referida Ley.

En este sentido se pueden destacar, por ejemplo²⁴, las posibilidades ofrecidas por la *Shuttle communication* o *Shuttle diplomacy mediation* que, a modo de una suerte de mediación indirecta, posibilita el diálogo entre partes a través de un facilitador-intermediario que opera mediante llamadas telefónicas, mensajes de móvil o cualquier otro medio de comunicación²⁵.

Asimismo, cuando no resulte posible este método, puede resultar de interés el recurso a las posibilidades representadas por la *Victim-absent discussions with offender and supporters about crime* o *Offender-absent discussions with victim and supporters about crime*, toda vez que procuran la resolución de la controversia desde una perspectiva restaurativa, pero a través de un modelo de comunicación unilateral.

Por último, para que, a la vista de las condiciones concurrentes en este tipo de hechos delictivos, el procedimiento sea posible, resulta imprescindible que se adopten ciertas precauciones para asegurar la especialización y el reciclaje continuo de los profesionales de la mediación.

Del mismo modo, es preciso que se tomen las garantías necesarias para resguardar la seguridad de las víctimas durante el desarrollo del procedimiento mediador y también tras el mismo, sea a través, por ejemplo, de *caucus*, de servicios de protección, etc²⁶.

Asimismo, “(...) la mujer víctima debe aceptar someterse a este sistema una vez haya recibido la ayuda necesaria para situarse ante su agresor en absolutas condiciones de igualdad. Por tanto, a estos efectos, es la voluntad de la víctima y el informe elaborado por un psicólogo, los que deben determinar la posibilidad de realización”²⁷.

En conclusión, consideramos desafortunada la prohibición de mediar en supuestos de violencia de género, toda vez que, en primer lugar, la desigualdad no resulta consustancial a todos los supuestos vinculados con este tipo de hechos delictivos; y que, en segundo lugar, de existir la señalada desigualdad, únicamente puede justificar la exclusión de la opción mediadora cuando comporte una desventaja invalidante²⁸ y así

²⁴ BARONA VILAR (2011), pp. 144-149.

²⁵ En relación a la metodología restaurativa, nos remitimos a lo señalado en ALONSO SALGADO (2014).

²⁶ “Otra de las preocupaciones de quienes rechazan la mediación en los casos en que la pareja tiene una historia de violencia, es si el proceso de mediación se desarrolla de forma segura para la víctima (pero no se excluye tampoco la seguridad de persona mediadora) o si, por el contrario, puede llegar a exacerbar o intensificar el potencial de violencia. La seguridad se convierte en elemento prioritario a la hora de decidir no solo si empezar o no una mediación sino si esta se debe continuar o interrumpir si ya está en marcha. Esto implica una actitud permanente de alerta de quien dirige el proceso de mediación ante cualquier cambio que se pudiese producir en este sentido, haciendo continuas evaluaciones de los riesgos y condiciones de seguridad de la víctima mientras dura el proceso”, en MERINO ORTIZ, MÉNDEZ VALDIVIA y ALZATE SÁEZ DE HEREDIA (2013), pp. 476-477.

²⁷ CASTILLEJO MANZANARES (2010), p. 204.

²⁸ “Se arguye en este sentido que la justicia restaurativa desatendería la protección de la víctima, puesto que un reencuentro con el delincuente podría revictimizarla, al tiempo que se podría repetir la desigualdad de poder existente entre la víctima y el delincuente. De este modo, se considera que la

sea identificada por los profesionales de la mediación²⁹.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO SALGADO, C. y TORRADO TARRÍO, C., “Violencia de género, Justicia Restaurativa y mediación: ¿una combinación posible?”, CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011.

ALONSO SALGADO, C., “Dos ‘círculos’ ás ‘conferencias’: aproximación ás posibilidades da Xustiza restaurativa no sistema de Xustiza penal”, *Revista CEEJ*, núm. 2, 2014.

ALONSO SALGADO, C., “Mucho más que mediación: acerca de la necesaria ampliación de perspectiva con respecto a la Justicia restaurativa. Primera aproximación”, *Julgar on line*, 2014.

BARONA VILAR, S., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

CANO SOLER, M.A., *La mediación penal*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

CASTILLEJO MANZANARES, R., “Mediación en violencia de género, una solución o un problema”, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (Dir.), *Mediación: un método de ¿ conflictos. Estudio interdisciplinar*, Colex, Madrid, 2010.

CASTILLEJO MANZANARES, R., ALONSO SALGADO, C. y TORRADO TARRÍO, C., “Mediación en violencia de género”, *Revista de Mediación*, núm. 7, 2011.

DEL POZO PÉREZ, M., “¿Es adecuada la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004?”, MARTÍN DIZ, F. (Coord.), *La mediación en materia de familia y derecho penal: estudios y análisis*, Andavira, Santiago de Compostela, 2011.

víctima, especialmente en delitos graves, no puede situarse en una posición de igualdad en un diálogo con el autor, puesto que ésta sufre en la mayor parte de ocasiones de un estrés posttraumático (...) Con todo, definir aquello que se entiende por igualdad resulta tan complejo como esencial para que los procesos de justicia restaurativa no posean efectos contraproducentes (...) la diferencia entre la mediación en el ámbito penal y otros órdenes radica ya en una situación de desigualdad en la experiencia y en la posición ante el derecho de la víctima del autor del delito. Además, pretender una exacta igualdad podría llegar a contradecir algunos de los extremos donde existe un cierto acuerdo doctrinal y empírico. Así, si la mediación y otras prácticas restaurativas poseen el efecto positivo para las víctimas de reducir el estrés post-traumático derivado del delito, particularmente en los casos en los que éste es grave, ello implica necesariamente que se deba aceptar la posible presencia del mismo en el proceso restaurativo, siempre y cuando no exista una grave situación de desventaja invalidante de cualquier tipo de diálogo”, en GUARDIOLA LAGO (2009), pp. 5 y ss.

²⁹ Para una propuesta acerca de cómo operativizar nuestra tesis, vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ (2015), pp. 497 y ss.; o ESQUINAS VALVERDE (2008), pp. 85 y ss.

DOMINGO DE LA FUENTE, V., “Justicia Restaurativa y violencia doméstica: posibilidad, error o acierto...”, *Diario La Ley*, número 7701, 2011.

ESQUINAS VALVERDE, P., *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género. La mediación entre la víctima y el agresor en el ámbito de la violencia de género: ¿una oportunidad o un desatino?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

ESTIRADO DE CABO, C., “Cuestiones relevantes de derecho sustantivo y procesal respecto de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en las fases de instrucción y de enjuiciamiento”, PÉREZ-SALAZAR RESANO, M.C. y RÍOS MARTÍN, J.C. (Dirs.), *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A., *La mediación en procesos por violencia de género*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

FERNÁNDEZ NIETO, J. y SOLÉ RAMÓN, A.M., *El impacto de la mediación en los casos de violencia de género: un enfoque actual práctico*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

GUARDIOLA LAGO, M.J., “La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 12, 2009.

HEREDIA PUENTE, M., “Perspectivas de futuro en la mediación penal de adultos. Una visión desde el Ministerio Fiscal”, *Diario La Ley*, núm. 7257, 2009.

MERINO ORTIZ, C., MÉNDEZ VALDIVIA, M. y ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R., “Respuestas de la mediación familiar en situaciones de violencia de pareja”, CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2013.

PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *La mediación en el sistema penal*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2011.

RÍOS MARTÍN, J.C. y OLAVARIA IGLESIA, T., “Conclusiones del curso la mediación civil y penal. Dos años de experiencia. 2ª parte del curso sobre alternativas a la judicialización de los conflictos dirigidos a jueces de familia y penales”, PÉREZ-SALAZAR RESANO, M.C. y RÍOS MARTÍN, J.C. (Dirs.), *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La justicia restaurativa en los supuestos de violencia doméstica (y de género)”, TAMARIT SUMALLA, J. (Coord.), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Comares, Granada, 2012.

VICIOS E VIRTUDES DA REGULACIÓN GALEGA EN MATERIA DE LIQUIDACIÓN SUCESORIA E ALGUNHA PROPOSTA DE *LEGE FERENDA*

Mónica García Goldar
*Investigadora Predoutoral de Dereito Civil
Universidade de Santiago de Compostela*

TITLE: *VICES AND VIRTUES OF THE GALICIAN REGULATION ABOUT INHERITANCE LIQUIDATION AND A PROPOSAL DE LEGE FERENDA.*

RESUMO: Neste traballo imos analizar sucintamente o réxime liquidatorio na sucesión *mortis causa* do Código Civil español, por aplicarse supletoriamente en Galicia, así como dúas figuras da regulación galega que teñen implicacións na liquidación da herdanza. Tamén se fará un estudo comparativo entre o resto de Comunidades Autónomas con competencias lexislativas en materia civil para chegar a unha conclusión: a necesidade de reformar a Lei de Dereito civil de Galicia.

ABSTRACT: *In this paper we will analyse the inheritance liquidation system of the Spanish Civil Code, which is applicable in Galicia, as well as two figures of Galician regulation that have implications in inheritance liquidation. A comparative study between the other Autonomous Communities with legislative powers in civil matters is also carried out. Our analysis suggests there is a need for the Galician Civil Law to be reformed.*

PALABRAS CLAVE: sucesión, liquidación, Galicia, proposta *de lege ferenda*.

KEYWORDS: *inheritance, liquidation, Galicia, proposal de lege ferenda.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. A HERDANZA XACENTE: FIGURA APLICABLE EN GALICIA ANTE A AUSENCIA DE REGULACIÓN PROPIA. 3. A RESPONSABILIDADE POR DÉBEDAS HEREDITARIAS NO TERRITORIO ESPAÑOL. 3.1. *O caso de Cataluña.* 3.2. *O caso de Galicia e as Illas Baleares.* 3.3. *O caso de Navarra.* 3.4. *O caso de Aragón.* 3.5. *O caso do País Vasco.* 4. VIRTUDES DA REGULACIÓN GALEGA EN MATERIA SUCESORIA COMO CONSTITUTIVAS DE VANTAXES PARA O ÚNICO CASO DE QUE O CAUSANTE ESTEA CASADO OU EN SITUACIÓN ANÁLOGA. 4.1. *O testamento por comisario.* 4.2. *O usufruto universal a favor do cónxuxe supérstite ou persoa en quen conorra situación análoga.* 5. VICIOS OU CARENCIAS DA REGULACIÓN GALEGA E ALGUNHA PROPOSTA DE *LEGE FERENDA*. 6. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

A Lei 2/2006, de 14 de xuño, de Dereito Civil de Galicia (en adiante, LDCG) inclúe no seu Título décimo unha escasa pero curiosa regulación específica sobre a sucesión por causa de morte. Entre todas as peculiaridades que se recollen, cabería destacar a admisibilidade dos pactos sucesorios¹; a prohibición de reversión legal ou da obriga de reservar²; ou o tratamento da lexítima, que non só se reduce cuantitativamente ata a

¹ O artigo 209 LDCG declara admisibles os pactos de mellora e apartación.

² Esta prohibición atópase recollida no artigo 181 LDCG. Segundo BUSTO LAGO (2015), pp. 366-376, non resultan aplicables a reversión legal de donacións do artigo 812 do Código Civil español (en adiante,

cuarta parte do haber hereditario líquido, senón que posúe unhas características e unha regulación que a alonxan definitivamente do concepto de lexítima que existe no dereito común español³.

Tamén resultan especialmente interesantes todos os preceptos que se adican a regular a disposición de bens de natureza ganancial⁴, cuestión esta importante nun ordenamento que escolle o ganancial como réxime económico-matrimonial aplicable en defecto de capitulacións⁵, e que non está expresamente recollida no Código Civil español; así coma o outorgamento de testamento, xa que mentres no dereito común se prohíbe de maneira terminante o testamento mancomunado ou por comisario, ámbalas dúas figuras son plenamente admitidas nos artigos 187 e seguintes pola LDCG.

Agora ben, todas estas peculiaridades que temos mencionado aseméllannos insuficientes polo menos se se analiza a cuestión dende a perspectiva de que o lexislador galego posúe competencias lexislativas en materia civil que non está aproveitando para

CC), nin tampouco as normas reguladoras da reserva viudal, lineal ou troncal (dos artigos 968 a 980 e 811 CC), tanto nas sucesións testamentarias como nas abintestato, vindo esto a solventar o problema que se suscitara en relación ao dereito de reversión do atribuído en virtude de pacto de apartación en caso de premoriencia do descendente apartado.

³ GARCÍA RUBIO, NIETO ALONSO e HERRERO OVIEDO (2012), pp. 203 e ss., poñen esto de manifesto, ao dicir que “en 2006 se ha establecido un sistema legitimario gallego completo y autónomo, muy distinto del que mantiene todavía el CC el cual, no obstante, sigue proyectando su alargada sombra sobre aquél”. Ademais, sosteñen as autoras mencionadas que as características esenciais da lexítima galega poden resumirse nas seguintes notas: a lexítima confire aos lexitimarios o dereito a recibir do causante por calqueira título una atribución patrimonial, polo que non deben ser necesariamente instituídos como herdeiros nin teñen que recibir a lexítima a título de herencia, aínda que si deben recibila a título gratuito. Ademais, a lexítima galega redúcese á cuarta parte do valor hereditario líquido. Salvo que o testador asignase a lexítima en bens determinados, os herdeiros, de común acordo, poden optar por pagala en bens hereditarios ou en metálico, que pode ser extrahereditario; e se non hai acordo, deberá pagarse con bens hereditarios. A LDCG considera ao lexitimario un acredor a todos os efectos, negándolle a posibilidade de acción real para reclamar a lexítima. De ser precisa a redución de legados, donacións e outras atribucións, os afectados pola redución poderán evitala entregando en metálico o seu importe para o pago de lexítimas. Así mesmo, o lexitimario, como mero acredor, non é cotitular do patrimonio hereditario, de xeito que non soporta as vicisitudes derivadas do incremento ou diminución do valor da herdanza dende a apertura da sucesión até o momento do pago, pero tampouco pode instar a división da herdanza.

⁴ Os artigos 205 a 208 da LDCG regulan esta cuestión, de forma que en primeiro lugar, a disposición testamentaria dun ben ganancial poderá realizarse como de cousa ganancial ou como do dereito que ao testador lle correspondía no mesmo, e en caso de dúbida, entenderase que a disposición de ben ganancial foi realizada desta segunda forma, é dicir, como do dereito que ao testador lle correspondía. En segundo lugar, cando se dispoña dun ben por enteiro como cousa ganancial, deberá constar expresamente este carácter e a disposición producirá todos os efectos se o ben fose adxudicado á herdanza do testador na liquidación de gananciais. Se non fose así, entenderase legado o valor que tivese o ben no momento de falecer o testador. En terceiro lugar, cando se lega un dereito que corresponde ao testador sobre un ben ganancial, a disposición entenderase referida á metade do seu valor. Ora ben, a disposición entenderase referida á metade indivisa do ben cando o cónxuxe sobrevivente ou os seus herdeiros o acepten, ou se ambos cónxuxes realizasen a disposición de forma coincidente e ambas herdanzas fosen deferidas. Por último, e salvo que do testamento resulte outra cousa, as disposicións a favor do cónxuxe non producirán efecto se ao falecer o testador estivese declara xudicialmente a nulidade do matrimonio, decretado o divorcio ou separación, ou se atoparan en trámite os procedimentos dirixidos a tal fin. Tampouco producirán efecto nos casos de separación de feito entre os cónxuxes.

⁵ O artigo 171 LDCG así o establece.

sortear a deficiente técnica do lexislador estatal⁶. Sobra dicir o porqué desta conclusión negativa: as normas sucesorias do dereito común, en vigor a súa meirande parte dende a publicación do Código Civil español no ano 1889, tornáronse caducas e carecen do rigor e do tecnicismo desexado. E non hai que esquecer que, salvo en todo aquilo que estea expresamente regulado pola Lei de Dereito Civil de Galicia, as normas do Código Civil español resultarán supletoriamente aplicables⁷.

Neste traballo imos pór o foco de atención unicamente na liquidación da herdanza, asunto que adquiriu renovada relevancia dende o comezo da crise económica alá polo ano 2006, pois o aumento de débedas a herdar, entre outros motivos como a cuestión tributaria⁸, fixo que incrementasen de maneira exponencial o número de repudiacións de herdanza en todo o territorio nacional, incluíndo, como non, Galicia. Nos últimos anos, os medios de comunicación e prensa autonómicos adicaron, cando menos, unha nova ao ano a este tema, incrementando así a preocupación polo estado da cuestión⁹. Incluso agora, que comezan a verse indicios de recuperación económica, as novas que se publican sobre repudiacións de herdanzas seguen a ser certamente alarmantes¹⁰.

⁶ O asunto da competencia civil da Comunidade Autónoma de Galicia é un tema no que non podemos nin pretendemos entrar neste traballo, pois a expresión “conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales”, recollida no artigo 149.1.8º da Constitución Española (en adiante, CE), pode considerarse en senso lato ou estrito, dando pé a unha multitude de interpretacións posibles.

⁷ Así se desprende dos artigos 149.3 CE e 1.3 LDCG.

⁸ Nalgunhas Comunidades Autónomas esto é especialmente preocupante, como Andalucía, que vén de chegar a un acordo a efectos de rebaixar os tipos tributarios. Consúltese, a estos efectos, e entre outros, o titular “Así quedará el Impuesto de Sucesiones en Andalucía tras el acuerdo entre PSOE y Cs. La Junta de Andalucía dejará exentas de tributación las herencias inferiores al millón de euros gracias a la presión de Ciudadanos” (do día 24 de setembro de 2017: www.libremercado.com/2017-09-24/asi-quedara-el-impuesto-de-sucesiones-en-andalucia-tras-el-acuerdo-entre-psoe-y-cs-1276606324). En Galicia, aínda que probablemente non tanto, os tributos e a tasación dos bens tamén redundaron no aumentos das repudiacións, como se le no titular “La renuncia de herencias crece un 15% pese a la rebaja en la tasación de los inmuebles. La Xunta redujo ya en julio un 15% la valoración de los bienes para calcular los tributos. Desde este año quedan exentos de pagar el Impuesto de Sucesiones el 99% de los gallegos” (do día 2 de febreiro de 2016: www.farodevigo.es/galicia/2016/01/02/renuncia-herencias-crece-15-pese/1378968.html).

⁹ Entre outros, poden consultarse os seguintes titulares: “La renuncia de herencias se triplicó en Galicia desde el inicio de la crisis. Siete mil gallegos lo hicieron desde el 2007, en su mayoría para no cargar con las deudas” (do día 27 de abril de 2014: www.lavozdeg Galicia.es/noticia/economia/2014/04/27/renuncia-herencias-triplico-galicia-inicio-crisis/0003_201404G27P40991.htm); ou “La renuncia a herencias se multiplicó por cuatro desde el inicio de la crisis. Un total de 2.052 personas tomaron esa decisión en el 2014 en Galicia, la mayoría por no poder afrontar los gastos que les acarrearía el legado” (do día 6 de abril de 2015: www.lavozdeg Galicia.es/noticia/galicia/2015/04/06/renuncia-herencias-multiplico-cuatro-inicio-crisis/0003_201504G6P4994.htm). No ano 2016 rexistrouse unha falsa sensación de melloría co titular “La rebaja fiscal en Galicia solo logra que las renunciaciones caigan un 3%” (do día 22 de decembro, www.farodevigo.es/galicia/2016/12/22/rebaja-fiscal-galicia-logra-renunciaciones/1592833.html).

¹⁰ No presente ano 2017, publicáronse os seguintes titulares: “La renuncia a herencias alcanza un nuevo récord pese a la rebaja fiscal. El pasado año se cerró con 2.321 rechazos en Galicia, manteniendo la tendencia de incremento continuo que se inició con la crisis” (do día 15 de marzo: www.farodevigo.es/galicia/2017/03/15/renuncia-herencias-alcanza-nuevo-record/1641230.html); “La renuncia a herencias en Galicia bate un récord en el arranque del año. Entre enero y marzo se contabilizaron 594, lo que supone un incremento interanual del 3% en un contexto de recuperación

Mais imos pór o foco de atención na liquidación da herdanza non só pola súa *recente* envergadura social, senón tamén por tratarse dunha das cuestións que case non se regula na lexislación galega, salvo os escasos pero afortunados –dito sexa de paso– preceptos que sí entran na cuestión. E para acometer tal propósito, primeiro exporemos sucintamente a lexislación común en materia de liquidación sucesoria e faremos unha análise comparativa entre as normativas autonómicas sobre a materia, para xa despois entrar de cheo nos vicios e virtudes da regulación galega.

2. A HERDANZA XACENTE: FIGURA APLICABLE EN GALICIA ANTE A AUSENCIA DE REGULACIÓN PROPIA

No Código civil español existe unha figura que presenta innumerables problemas: a herdanza xacente. Esta figura existe necesariamente en todos os sistemas de adquisición romano ou por aceptación¹¹, o cal, segundo a doutrina maioritaria, é o réxime subxacente no Código Civil español¹².

Pero como ben acabamos de dicir, esta figura presenta moitos problemas. O primeiro deles é o da súa natureza xurídica, pois a doutrina non remata de poñerse dacordo neste punto, e, despois dunha grande evolución nas teorías desenroladas¹³, semella que a conclusión final é que se trata dun patrimonio autónomo en espera de suxeito titular¹⁴. Esta espera non supón un inconvinte pois coa ficción da retroactividade conséguese cubrir todo o período no que a herdanza permaneceu en xacencia dende o falecemento do causante; mais esta solución só ten sentido a partires do momento no que xa existe un herdeiro, e carece de utilidade durante todo o tempo que a herdanza permanece sen titular, como veremos.

económica” (do día 15 de xuño www.lavozdeg Galicia.es/noticia/economia/2017/06/15/renuncia-herencias-galicia-bate-record-arranque-ano/00031497532540607727784.htm); “La renuncia a heredar sigue subiendo en Galicia, pero ahora menos que en el resto de España. La bajada fiscal no ha contrarrestado todo el efecto de la crisis” (do día 15 de setembro: www.lavozdeg Galicia.es/noticia/economia/2017/09/15/renuncia-heredar-sigue-subiendo-galicia-resto-espana/0003_201709G15P29991.htm).

¹¹ Existe outra modalidade de adquisición cal é a adquisición automática, constitutiva do modelo xermánico. Con este tipo de sistema, os chamados a suceder por lei ou testamento adquiren a herdanza e o título de herdeiro de maneira automática ao momento da morte do causante, aínda que dispoñen dun breve prazo para repudiar. A repudiación ten efectos retroactivos até o momento da morte do causante, entendéndose así que o repudiante nunca foi herdeiro.

¹² Existiu un debate doutrinal a mediados do século pasado entre dous grandes xuristas: GARCÍA VALDECASAS (1944) e ALBALADEJO (1955). O primeiro defendeu que o sistema que subxacía no Código Civil español era o sistema de adquisición xermánico, empregando diversos artigos do corpo legal para soste-ler tal opinión. ALBALADEJO, pola contra, desbotou a maioría dos razonamentos expostos por GARCÍA VALDECASAS, pero non todos, pois polo menos no caso do artigo 661 CC, si afirmou que é de marcado carácter xermánico e que debe considerarse un *lapsus* do lexislador.

¹³ Os primeiros xuristas comezaron por entender que a herdanza xacente era un suposto de *res nullius*, despois considerouse a herdanza xacente persoa xurídica, ou persoa que representa a outra, ou ben ao difunto, ou ben ao herdeiro futuro. Finalmente, é a teoría da ficción a que se termina adoptando.

¹⁴ LACRUZ BERDEJO (1960), pp. 540 y ss.; DE LOS MOZOS (1991), p. 606.

O segundo problema que plantexa esta figura é a cantidade de situacións que dan lugar a ela, a saber: cando o chamado a suceder aínda non aceptou nin repudiou, ben porque non quere, ben porque non pode (como ocorre se o chamado é un *nasciturus*, se a institución estaba sometida a condición suspensiva ou se se da a favor dun ente fundacional aínda non constituído); cando o chamado se reservou o dereito a deliberar; cando existe concurso de herdanza; e nos supostos de institución de herdeiro descoñecido ou indeterminado, pero que pode chegar a determinarse de conformidade co artigo 750 CC.

O realmente preocupante desta inxente cantidade de supostos que dan lugar a herdanza xacente é que o lexislador de dereito común previu a administración da herdanza xacente en todos e cada un dos supostos que dan lugar a ela¹⁵, a excepción do máis común: a simple falta de aceptación por parte do chamado. Este constitúe, por tanto, o terceiro problema da herdanza xacente: a ausencia de administración preceptiva cando a herdanza se atopa carente de titular pola mera ausencia de aceptación-adquisición. O certo é que, aínda e cando a doutrina maioritaria entende que a administración se debe estender tamén a este suposto¹⁶, na práctica xurídica esto non está a ocorrer.

Esta falta de administración preceptiva non sería tan perniciosa de non ser polo resto de previsións lexislativas en torno ao tempo en que a herdanza está xacente. E así, seméllanos problemático o artigo 1934 CC, segundo o cal, a prescrición produce os seus efectos xurídicos a favor e en contra da herdanza antes de ter sido aceptada e durante o tempo concedido para facer inventario e para deliberar. Non hai dúbida, pois, de que o que este artigo establece é a admisibilidade da prescrición a favor e en contra da herdanza xacente.

De todas as situacións que admite o artigo 1934 CC, a única que non nos parece problemática é a admisibilidade da prescrición adquisitiva a favor da herdanza. Pero parémonos a analizar os restantes supostos. No caso da prescrición adquisitiva en contra da herdanza, cómpre sinalar que se admite tamén incluso a favor do chamado a suceder, se posuía os bens no seu nome propio e proveito¹⁷. No caso da prescrición extintiva a favor da herdanza, ¿quen se vai encargar de facer fronte a unha reclamación xa extinta, se non hai administrador da herdanza nin titular que se ocupe dela? E por último, no caso da prescrición extintiva en contra da herdanza, ¿quen a vai evitar, se non hai titular nin administrador legal?

A segunda previsión problemática contéplase no artigo 6.4 da Lei de axuízamento civil (en adiante, LEC, das siglas en castelán), polo que se confire capacidade para ser

¹⁵ O lexislador do Código Civil español previu administración da herdanza cando o chamado é un *nasciturus* (artigo 965 CC); cando a institución de herdeiro está sometida a condición suspensiva (artigos 801 e ss. do CC); ou durante o período para deliberar (artigo 1026 CC). No caso de concurso de herdanza, a Lei Concursal 22/2003, de 9 de xullo, tamén prevé a administración concursal da herdanza.

¹⁶ Por todos, GITRAMA (1950), pp. 24-26.

¹⁷ MONJE BALSAMEDA (2001), pp. 296-297.

parte nun proceso xudicial ás masas patrimoniais ou aos patrimonios separados que carezan transitoriamente de titular ou cuxo titular fose privado das súas facultades de disposición e administración. De acordo co artigo 7.5 do mesmo texto legal, estas masas patrimoniais comparecerán no xuízo por medio de quen, conforme á lei, as administren, polo que ben se pode pensar que existe a obrigatoriedade de que as herdanzas xacentes comparezan por medio de administrador legal¹⁸, pero nada máis lonxe da realidade xudicial. O certo é que na *praxis*, os acredores soen demandar a quen consideran *herdeiro* do defunto, mesmo antes de que existise aceptación, e os tribunais, en lugar de nomear administrador xudicial da herdanza xacente, optan por tres tipos de pronunciamentos: os que declaran que non hai lugar a condena por parte dos chamados antes da aceptación¹⁹, os que condenan ao chamado non aceptante pero posuidor²⁰, e os que condenan aos chamados para o caso de que acepten a herdanza²¹. De todos estes pronunciamentos, os únicos que consideramos acertados son aqueles nos que se condena ao chamado posuidor-non aceptante, pois dalgunha maneira, é como se se lles considerase administradores da herdanza que posúen e aínda non aceptaron. O pronunciamento xudicial de simple rexeitamento das pretensións exercitadas fronte aos chamados a suceder parécenos estéril, pois incrementa os custos xudiciais e prolonga a espera do acredor para resarcirse. E dende logo, a mera condena dos chamados para o caso de que acepten é a menos axeitada de todas, pois constitúe unha sentenza que non é executable mentres perdure a xacencia da herdanza.

Parece, en conclusión, que a herdanza xacente é unha figura sucesoria realmente problemática, e que non existe, en dereito común, unha solución que atalle todos os problemas que trae aparelados; pois mesmo a *interrogatio in iure*, establecida no artigo 1005 CC, carece de utilidade se os chamados a suceder repudian o chamamento.

3. A RESPONSABILIDADE POR DÉBEDAS HEREDITARIAS NO TERRITORIO ESPAÑOL

O artigo 1003 do CC establece que “por la aceptación pura y simple, o sin beneficio de inventario, quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios”. É dicir, que salvo que se solicite o beneficio de inventario, a responsabilidade do herdeiro por débedas será *ultra vires*.

¹⁸ Mesmo a Sentenza do Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1987 indicaba que a herdanza xacente carece de personalidade xurídica aínda que, “para determinados fines, se le otorga transitoriamente una consideración y tratamientos unitarios, siendo su destino el ser adquirida por los herederos voluntarios o legales, admitiendo el que, bien por medio de albaceas o administradores testamentarios o judiciales pueda ser demandada y esté habilitada para excepcionar y ahora para recurrir”.

¹⁹ Entre outras, Sentenza do Xulgado de Primeira Instancia de Santander, de 27 de xaneiro de 2003 (JUR/2003/38062).

²⁰ Entre outras, Sentenza da Audiencia Provincial de Tarragona, de 21 de marzo de 2000 (JUR/2000/139470).

²¹ Entre outras, Sentenza da Audiencia Provincial de Málaga, de 20 de xullo de 2015 (JUR/2015/291145).

Mais o beneficio de inventario está configurado no Código Civil como un recurso excepcional, sometido a estrictos requisitos. En primeiro lugar, e trala reforma do ano 2015, o beneficio de inventario deberá pedirse no notario e non no xulgado, cuestión esta que incrementa notablemente os custos. En segundo lugar, o prazo para poder pedilo é moi reducido: de trinta días, a contar dende aquel día en que o chamado posuidor dos bens hereditarios coñece o chamamento (artigo 1014 CC), ou a contar dende o día seguinte a aquel en que expirase o prazo para aceptar ou repudiar a herencia (*interrogatio in iure*), ou dende o día en que aceptase ou xestionase a herdanza como herdeiro, para o caso de que non posúa os bens hereditarios (artigo 1015 CC).

A configuración do beneficio de inventario como recurso excepcional tal vez tiña sentido nos pasados anos de bonanza económica, pois a presenza de herdanzas pasivas era bastante reducida. Pero como dixemos ao principio deste traballo, a maior presenza de débedas hereditarias conduciu indubidablemente ao incremento das repudiacións da herdanza, polo que parece que esta natureza excepcional do beneficio de inventario xa non ten sentido, e que tal vez, o lexislador de dereito común debería reflexionar sobre unha futura reforma de cara a establecer o beneficio de inventario como regra xeral, tal e como xa acontece en certos sistemas latinoamericanos²², ou, cunha regulación diferente, no sistema anglosaxón.

Unha vez exposto sucintamente o panorama de dereito común, cómpre preguntarse qué acontece nas lexislacións das Comunidades Autónomas (CCAA) con competencias en materia civil. Neste sentido, son sete as CCAA que dispoñen de leis civís autonómicas, a saber, País Vasco, Navarra, Cataluña, Illas Baleares, Aragón, Comunidade Valenciana e Galicia. De entre elas, descartaremos á Comunidade Valenciana do estudio comparativo, pois non lexislou sobre dereito sucesorio.

3.1. O caso de Cataluña

Cataluña é probablemente o paradigma de CA cunha máis que prolífica lexislación civil propia, e xa non só polo detallado da regulación existente en practicamente todos os ámbitos civís, senón tamén porque en caso de lagoa haberá de integrarse unha solución conforme aos principios do propio sistema catalán, é dicir: que non se aplicará subsidiariamente a normativa común en ningún caso²³.

²² Existe limitación legal da responsabilidade do herdeiro por débedas en Nicaragua, Perú, México, Guatemala, Cuba, Honduras, Costa Rica, Panamá, Arxentina e Brasil.

²³ Isto é o que se extrae dos artigos 111.-1 do Código Civil de Cataluña, segundo o cal “1. El derecho civil de Cataluña está constituido por las disposiciones del presente Código, las demás leyes del Parlamento en materia de derecho civil, las costumbres y los principios generales del derecho propio. 2. La costumbre solo rige en defecto de ley aplicable”, e o 111-2, que determina que “1. En su aplicación, el derecho civil de Cataluña debe interpretarse y debe integrarse de acuerdo con los principios generales que lo informan, tomando en consideración la tradición jurídica catalana. 2. En especial, al interpretar y aplicar el derecho civil de Cataluña deben tenerse en cuenta la jurisprudencia civil del Tribunal de Casación de Cataluña y la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no modificadas por el presente

Concretamente, no ámbito sucesorio, o Libro Cuarto do Código Civil de Cataluña²⁴ está adicado exclusivamente ás sucesións. O artigo 461-18 deste corpo legal preceptúa o mesmo que o Código Civil español, a saber: “por la aceptación de la herencia pura y simple, el heredero responde de las obligaciones del causante y de las cargas hereditarias, no solo con los bienes relictos, sino también con los bienes propios, indistintamente”.

É dicir, no caso de Cataluña tamén se da esa disxuntiva entre responsabilidade *ultra vires*, no caso de aceptar pura e simplemente, e responsabilidade *intra vires*, no caso de aceptar mediando beneficio de inventario. O que si ten de especial a lexislación catalana é que a regulación do beneficio de inventario se flexibilizou considerablemente. Así, e de acordo co artigo 461-15, o inventario pode *tomarse* no prazo de seis meses a contar dende o momento en que o herdeiro coñece a delación ao seu favor. O inventario deberá formalizarse ante notario, coma no caso do CC español, ou tamén se entenderá formalizado o inventario en documento privado cando o herdeiro o presente á Administración pública para liquidación dos impostos relativos á sucesión. Así mesmo, o artigo 461-16 determina que disfrutarán do beneficio legal de inventario, aínda e cando non o tivesen *tomado*, os herdeiros menores de idade, tanto emancipados coma non, as personas postas en tutela ou curadoría, os herdeiros de confianza, as persoas xurídicas de dereito público, e as fundacións e asociacións declaradas de utilidade pública ou interés social. Por último, a flexibilización do beneficio de inventario tamén se aprecia no artigo 461-17, segundo o cal, a mera manifestación do herdeiro de aceptar de forma pura e simple non lle priva de aproveitarse dos efectos do beneficio de inventario, se o *toma* no tempo e prazos establecidos e cumpre as regras de administración da herdanza inherentes a este beneficio.

Polo tanto, e aínda e cando se conserva a dualidade aceptación pura e simple e beneficio de inventario, a flexibilización deste último, e a impresión de que este recurso é a regra xeral e non á inversa²⁵ xa nos parece un avance considerable. Pero é que ademais, o Código Civil de Cataluña tamén recolle o chamado beneficio de separación de patrimonios no seu artigo 461-23, segundo o cal “1. Los acreedores por deudas del causante y los legatarios pueden solicitar al juez competente, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, que el patrimonio hereditario sea considerado separado del privativo del heredero, para salvaguardar su derecho ante los acreedores particulares del heredero. También pueden solicitarlo los acreedores del heredero, para salvaguardar su derecho ante los acreedores por deudas del causante. 2. Una vez tomado el inventario de la herencia, el juez, con la motivación adecuada, concede el beneficio de separación de

Código u otras leyes. Una y otra pueden ser invocadas como doctrina jurisprudencial a los efectos del recurso de casación”.

²⁴ Lei 10/2008, de 10 de xullo, do libro cuarto do Código Civil de Cataluña, relativo ás sucesións.

²⁵ O artigo 461-17 di que se o herdeiro non *toma* o inventario no tempo e na forma establecidos, entenderase que acepta a herdanza de forma pura e simple, invertindo dalgunha maneira a supletoriedade recollida no artigo 1003 CC.

patrimonios y adopta, si procede, las medidas necesarias para hacerlo efectivo. 3. Los acreedores del causante y los legatarios que obtengan el beneficio de separación de patrimonios tienen derecho preferente para cobrar los créditos y percibir los legados respecto a los acreedores particulares del heredero, pero, mientras no se haya pagado a estos acreedores particulares, dichos acreedores del causante y los legatarios no pueden perseguir los bienes privativos del heredero. Este último efecto también se produce si el beneficio se concede a instancia de algún acreedor del heredero”.

3.2. *O caso de Galicia e as Illas Baleares*

Nestes dous casos, e a pesar de que ámbalas dúas Comunidades Autónomas si lexislaron sobre dereito de sucesións, ningunha das normativas recolle unha mención especial sobre aceptación, repudiación ou a posibilidade do beneficio de inventario. Tampouco se recolle precepto algún que defina a responsabilidade do herdeiro por débedas do defunto, de xeito que se entenderá aplicable subsidiariamente o artigo 1003 e seguintes do CC, é dicir: o herdeiro será responsable mesmo co seu patrimonio propio, salvo que solicite o beneficio de inventario nos termos indicados (artigos 1010 e seguintes do CC).

3.3. *O caso de Navarra*

A Lei 1/1973 pola que se aproba a Compilación de Dereito Civil Foral de Navarra inclúe a lei 318, titulada “responsabilidade *intra vires*”, que sinala que “el heredero responderá frente a los acreedores hereditarios y legatarios con el valor de los bienes de la herencia exclusivamente; pero si se excediere en el pago a los acreedores, éstos no estarán obligados a restituir. Se considerarán también acreedores de la herencia los que lo sean por gastos de última enfermedad, entierro y funerales”. É dicir, este artigo rompe coa regra xeral de responsabilidade *ultra vires* do CC español e vén a establecer a limitación legal da responsabilidade do herdeiro por débedas en todos os casos e sen necesidade de solicitar o beneficio de inventario.

A lei 319, titulada “beneficio de separación”, tamén establece que “los acreedores hereditarios, dentro del plazo de seis meses, a contar de la fecha del fallecimiento del causante, podrán solicitar del Juez la formación de inventario y la separación de los bienes de la herencia, con el fin de satisfacer con los mismos sus propios créditos, según su respectivo rango, excluyendo a los acreedores particulares del heredero hasta la total satisfacción de aquellos créditos. Hasta tal momento no se confundirán las deudas y créditos existentes entre el heredero y el causante, ni se extinguirán las correspondientes garantías. Los legatarios tendrán ese mismo derecho para asegurar el cumplimiento de los legados con el remanente de la herencia después de quedar satisfechos aquellos acreedores”.

3.4. O caso de Aragón

Mesmas solucións se dan nesta CA, pois o artigo 355 do Código do Dereito Foral de Aragón²⁶ establece que “el heredero, incluido el troncal, responde de las obligaciones del causante y de los legados y demás cargas hereditarias exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto, aunque no se haga inventario. Cuando los bienes heredados existentes no sean suficientes, el heredero responderá con su propio patrimonio del valor de lo heredado que enajene, consuma o emplee en el pago de créditos hereditarios no vencidos; así como del valor de la pérdida o deterioro que, por su culpa o negligencia, se produzca en los bienes heredados”.

De outra parte, o artigo 357, titulado “separación de patrimonios” establece que “la confusión de patrimonios no se produce en daño del heredero ni de quienes tengan derechos sobre el caudal relicto”, é dicir, que non se produce en prexuízo de acredores.

3.5. O caso do País Vasco

Por último, a recente Lei 5/2015 de Dereito civil vasco segue a corrente das CCAA precedentes, pois o artigo 21.2 sinala que “el heredero responde de las obligaciones del causante, de los legados y de las cargas hereditarias hasta el valor de los bienes heredados en el momento de la delación”.

Ademais, o artigo 21.3 da mesma lei establece que “a los efectos de la responsabilidad de los herederos se establece el beneficio de separación. Los acreedores hereditarios, dentro del plazo de seis meses, a contar de la fecha del fallecimiento del causante, podrán solicitar del juez la formación de inventario y la separación de los bienes de la herencia, con el fin de satisfacer con los mismos sus propios créditos, según su respectivo rango, excluyendo a los acreedores particulares del heredero hasta la total satisfacción de aquellos créditos. Hasta tal momento, no se confundirán las deudas y créditos existentes entre el heredero y el causante, ni se extinguirán las correspondientes garantías”.

4. VIRTUDES DA REGULACIÓN GALEGA EN MATERIA SUCESORIA COMO CONSTITUTIVAS DE VANTAGES PARA O ÚNICO CASO DE QUE O CAUSANTE ESTEA CASADO OU EN SITUACIÓN ANÁLOGA

Como anticipamos xa no título deste apartado, as virtudes da regulación galega en materia de liquidación sucesoria danse unicamente cando se cumpren dous requisitos: o primeiro, que o causante estea casado ou en situación análoga, e o segundo, que este faga uso desas disposicións especiais, a través de testamento ou daqueles instrumentos permitidos pola lei. Pasamos pois, a analizar estes recursos.

²⁶ Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, do Goberno de Aragón, polo que se aproba, co título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, o Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

4.1. O testamento por comisario

O artigo 196 LDCG define o testamento por comisario do seguinte xeito: aquela atribución mediante a cal un dos cónxuxes outorga ao outro o exercicio da facultade testatoria. Esta atribución non só se pode efectuar a través de testamento, xa que o artigo 197 LDCG tamén admite que se pacte en capitulacións matrimoniais a facultade de designar herdeiro ou legatario entre os fillos e descendentes comúns, así como a de asignar bens concretos e determinar o título polo que se recibirán.

Como ben sinala BUSTO LAGO²⁷, e a pesar de que o artigo 196 LDCG fale de atribución entre cónxuxes, haberá que entender que se inclúe tamén aos convivintes *more uxorio*, de acordo coa Disposición Adicional 3ª da mesma LDCG. Sobre dicir, así mesmo, que a atribución decaerá no caso de nulidade ou divorcio, de acordo co artigo 202 LDCG.

Certamente, a peculiaridade deste recurso reside, amén de representar un mandato *post mortem*, no feito de que supón unha quebra ao personalismo formal e material do acto de testar, tal e como se entende no dereito común²⁸. Non en van, a finalidade desta figura é permitirlle a unha persoa que non deixe outorgada totalmente a súa última vontade, senón que a deixe aplazada para despois da súa morte facultando que outra persoa a complete ou a realice totalmente nese intre²⁹. Ademais, este recurso tamén rompe coa idea de que todo herdeiro dispón da facultade de solicitar a división da herdanza (artigo 782 LEC), pois no caso de existir viúvo comisario no que non conorra causa algunha que determine a extinción da facultade testatoria, dita facultade dos herdeiros quedaría sen contido³⁰. Sexa como fora, si que nos parece interesante resaltar que esta figura se admite en practicamente todos os dereitos civís autonómicos³¹.

Mais deixando de lado as peculiaridades desta figura, convén preguntarse porqué consideramos que esta representa unha virtude da regulación galega sucesoria, e a esta pregunta dalle resposta o artigo 201 LDCG, segundo o cal en tanto o cónxuxe non exercite a facultade testatoria entenderase que a herdanza do falecido está baixo a súa administración³². O comisario, ademais, poderá realizar actos de administración e pagar

²⁷ BUSTO LAGO (2015), p. 393.

²⁸ BUSTO LAGO (2015), p. 394, segundo o cal basta unha olleada ao artigo 670 CC español para confirmar a rutura do testamento galego co testamento de dereito común. En contra, PÉREZ ÁLVAREZ (1999), pp. 228 e ss., considera que o que a LDCG califica de “testamento por comisario” non é tal, pois supón a mera posibilidade de nomear comisario ao cónxuxe aos únicos efectos de atribuírle a facultade de mellorar, así como a de distribuír os bens do defunto. É dicir, para este autor, esta regulación non habilita ao comisario a outorgar testamento polo seu cónxuxe, sendo, por tanto, unha mera transcripción do artigo 831 do CC español, cando permite a delegación da facultade de mellorar e distribuír os bens.

²⁹ ESPINOSA DE SOTO (2008), p. 833.

³⁰ BUSTO LAGO (2015), pp. 396-397.

³¹ Así, admítese en Aragón, Mallorca, Menorca, Ibiza e Formentera, Cataluña, País Vasco e Navarra.

³² ESPINOSA DE SOTO (2008), p. 862, comenta que, antes da LDCG 2006, a doutrina planteárase cal era a situación da herdanza en fase de pendencia; e mentres a opinión maioritaria entendía que a herdanza estaba en administración, algún, coma PÉREZ ÁLVAREZ, defendía que a administración correspondía aos herdeiros. Por sorte, a lei actual veu a resolver a cuestión de maneira expresa.

tanto as débedas da herdanza ou as que orixine a apertura da sucesión así coma os gastos de enterramento e funeral. A tal fin, sinala o precepto, o comisario poderá dispor do metálico hereditario que estivera no seu poder ou depositado en entidades de crédito a nome do causante. Segundo o artigo 199 LDCG, e salvo que o testador lle sinalase un prazo, o cónxuxe poderá exercer a facultade testatoria mentres viva, do que se infíre que a facultade testatoria, amén de ser personalísima³³, é de natureza vitalicia³⁴.

As repercusións desta norma son obvias³⁵: o comisario ten atribuídas *ex lege* todas as facultades de administración e pago de débedas, así coma o deber de tomar todas as precaucións necesarias para a adecuada conservación e custodia dos bens hereditarios. O comisario tamén está obrigado a tomar posesión de todos os bens cando sexan posuídos por un terceiro, correspondéndolle así a leximitación activa para o exercicio de accións dirixidas a recuperar as titularidades hereditarias.

Este sinxelo precepto é dunha utilidade indiscutible, pois como xa tivemos ocasión de sinalar, un dos maiores problemas da regulación sucesoria en dereito común é precisamente a figura da herdanza xacente e a falta de administración legal durante todo o tempo que dure a xacencia.

4.2. *O usufruto universal a favor do cónxuxe supérstite ou persoa en quen concorra situación análoga*

Nos artigos 228 LDCG e seguintes regúlase o usufruto en favor do cónxuxe viúvo³⁶, atribución que se pode facer a través de testamento ou en escritura pública³⁷. Neste caso tamén haberá de entenderse que se inclúe aos convivintes *more uxorio*, de acordo coa Disposición Adicional 3ª da mesma LDCG; e ademais, a atribución extinguirase no caso

³³ É personalísima non só porque restrinxe o seu exercicio á vida do comisario, senón tamén porque non cabe subdelegación ou subfiducia por este, tal e como indica BUSTO LAGO (2015), p. 396.

³⁴ BUSTO LAGO (2015), p. 401. ESPINOSA DE SOTO (2008), p. 845, di ademais que este cambio normativo (pois antes da LDCG 2006 o prazo era dun ano) foi totalmente axeitado tendo en conta as voces da doutrina que así o reclamaban.

³⁵ BUSTO LAGO (2015), p. 399.

³⁶ GARCIA RUBIO (1999), p. 233, considera que o usufruto voluntario de viudedade é unha institución de natureza sucesoria pero con forte connotación familiar, xa que pretende manter a cohesión do patrimonio familiar até o falecemento do supérstite, así como garantir a autoridade e independencia deste. HERRERO OVIEDO (2008), p. 1611, critica o cambio de nome da institución, pois na Lei de 1995 falábase de usufruto voluntario de viudedade, e na LDCG de 2006 de usufruto do cónxuxe viúvo. As críticas veñen porque segundo a autora pérdese en claridade, xa que o termo *voluntario* servía para diferenciar o instituto do usufruto legal; e ademais, porque a utilización do masculino *viúvo* pode levantar suspicacias, sendo máis correcta a fórmula neutra de viudedade. Por último, indica a autora que tamén lle parece criticable o propio pleonasma que implica falar de cónxuxe viúvo, pois se se fala de viúvo, xa se entende que antes foi cónxuxe.

³⁷ Cando se faga en escrita pública tratarase dun pacto entre os cónxuxes, tal e como sinala o artigo 228 LDCG. Non en van, na antiga Lei de 1995 esta figura ubicábase en sede de pactos sucesorios (artigos 118 a 127), aínda que a regulación do instituto fóra dos pactos sucesorios na LDCG de 2006 foi valorado positivamente polos xuristas, tal e como indica HERRERO OVIEDO (2008), p. 1611.

de que a persoa usufrutuaria contraia novas nupcias ou viva maritalmente con outra persoa, salvo pacto en contrario, tal e como dispón o artigo 236.2º LDCG³⁸.

O realmente interesante desta figura vén establecido no artigo 233 LDCG, segundo o cal, o cónxuxe que fose usufrutuario da totalidade da herdanza estará facultado para, entre outras cousas: pagar os gastos de última enfermidade, enterramento, funerais e sufraxios do cónxuxe premorto, con cargo á herdanza; cobrar créditos da herdanza, aínda e cando non se prestara fianza³⁹; vender o mobiliario que considere necesario, seguindo unha boa administración, e debendo repoñelos en canto sexa posible conforme ao mesmo criterio; así como pagar as débedas exixibles do causante con metálico da herdanza. Neste último caso, e se non houbese diñeiro ou este non fora suficiente, o usufrutuario podería vender semoventes, arboredo ou mobiliario ordinario na cuantía precisa; mentres que para a venda de calqueira outro ben sería preciso o consentimento dos propietarios sen usufructo ou, noutro caso, autorización xudicial.

É dicir, neste caso, e inda e cando a LDCG non o di expresamente para esta situación, o cónxuxe que sexa usufrutuario da totalidade da herdanza tamén estará a cargo da administración do caudal hereditario, e a él competirá tanto o pago das débedas segundo vaian vencendo⁴⁰, e de conformidade coa orde referida anteriormente (metálico, venda de semoventes, arboredo ou mobiliario, ou, en última instancia, venda de bens hereditarios co consentimento dos nudo propietarios ou autorización xudicial); así coma o cobro dos créditos. Importa sinalar, como ben dixo GARCÍA RUBIO⁴¹, que esta regulación non pretende facer ao usufrutuario responsable do pasivo hereditario, senón que unicamente se lle encarga satisfacelo con cargo ao activo hereditario.

5. VICIOS OU CARENCIAS DA REGULACIÓN GALEGA SUCESORIA E ALGUNHA PROPOSTA DE *LEGE FERENDA*

A regulación anterior que temos analizado (testamento por comisario, usufruto universal) contempla figuras de indudable importancia a efectos de liquidación da herdanza. Non obstante, non se debe esquecer que, como xa apuntamos, o alcance destes recursos é moi limitado, pois só se poden empregar nun único caso: a favor da parella sentimental. Ademais, o carácter limitado das figuras tamén vén dado polo feito de que se trata de recursos voluntarios, é dicir, que deberá estar previsto polo causante

³⁸ Esta previsión non estaba incluída na Lei de 1995, e a reforma obedece ás voces doutriniais que entendían, coma GARCÍA RUBIO (1999), p. 235, que nos casos de nulidade e divorcio a perda da condición de cónxuxe conlevaba a extinción do usufruto.

³⁹ MASIDE MIRANDA (2009), pp. 568-569, sinala que é precisamente a facultade de cobrar créditos da herdanza a única innovación introducida pola LDCG 2006 no artigo 233, e que, segundo o seu criterio, “merece unha crítica favorable ao atribuír esta facultade ao cónxuxe viúvo, o que permite cobrar créditos e pagar débedas da herdanza, feito que redundará en beneficio dos herdeiros, ao determinar o seu contido”. Ademais, indica que deberán entenderse comprendidas neste artigo todas as facultades que, aínda e cando non estean nominalmente indicadas, sexan indispensables para cumprir a última vontade do causante ou sexan inherentes ao cargo.

⁴⁰ BUSTO LAGO (2015), p. 439.

⁴¹ GARCÍA RUBIO (1999), p. 241.

no seu testamento ou na escritura pública que corresponda; e que a capacidade de actuación do *administrador* está bastante limitada e regrada. En definitiva, ningún dos dous institutos referidos é a panacea, xa que non son aplicables sempre e en todo caso, como si acontece coa regulación do beneficio de separación de patrimonios que se contempla noutros ordenamentos autonómicos.

Alén disto, a LDCG garda absoluto silencio respecto de cuestións tan importantes en materia liquidatoria coma o réxime de aceptación ou repudiación da herdanza, ou o beneficio de inventario. Tampouco regula nada en relación á responsabilidade por débedas hereditarias, polo que se deberán aplicar subsidiariamente os preceptos do Código Civil español. É dicir, o herdeiro será responsable das débedas do defunto até co patrimonio propio, se non solicita o beneficio de inventario nos escasos prazos e de acordo co procedemento establecido no CC.

Por iso, gustaríanos resaltar a necesidade, ou cando menos a conveniencia, de que o lexislador galego se mostre proactivo e decida regular de maneira propia o sistema de responsabilidade por débedas e a liquidación da herdanza. As opcións das que dispón son moitas, e así, pode establecer a limitación *ex lege* do herdeiro, tal e como xa se prevé no País Vasco, Navarra e Aragón; regular o beneficio de separación de patrimonios, como acontece en todas as Comunidades Autónomas con competencias civís, a excepción das Illas Baleares e Galicia; ou tamén idear un sistema *ex novo* que consiga igualmente afastar as deficiencias propias do sistema común.

Tendo en conta a previsión contida na Disposición Adicional Primeira da LDCG, segundo a cal cada cinco anos se nomeará una Comisión⁴², a fin de que elabore un informe sobre a evolución do Dereito civil propio, parécenos certamente aconsellable que esta Comisión teña a ben considerar a posibilidade de regular de maneira propia a liquidación da herdanza nunha posible futura reforma da LDCG⁴³, e coa finalidade de evitar a aplicación en Galicia da deficiente regulación estatal, tal e como xa fixeron outras CCAA.

6. CONCLUSIÓNS

Como vimos de sinalar, a regulación estatal no ámbito da liquidación hereditaria, aplicable subsidiariamente en Galicia, é bastante deficiente. A figura da herdanza xacente e a falta de administración e liquidación regrada ocasiona innumerables problemas. A Lei de Dereito civil de Galicia apenas mellora a regulación da liquidación sucesoria, a excepción das figuras do testamento por comisario ou o usufruto universal a favor do cónxuxe supérstite; recursos cuxa aplicabilidade é moi limitada. Non obstante, outras Comunidades Autónomas con competencias civís si regularon a liquidación da

⁴² Hoxe en día “Comisión superior para o estudo do desenvolvemento do Dereito civil galego”.

⁴³ Dende a aprobación da Lei de 2006, non se levou a cabo ningunha reforma importante, a excepción de tímidas e puntuais modificacións ou supresións.

herdanza e a responsabilidade por débedas hereditarias, de xeito que se aprecia un avance evidente nestos territorios.

Por iso, e *de lege ferenda*, consideramos necesario ou axeitado que se rompa con esta ausencia de regulación propia e se promova unha reforma da LDCG en orde a establecer solucións xurídicas propias que melloren as solucións ofrecidas na deficiente regulación estatal.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M., “La adquisición de la herencia en el Derecho español”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 8, núm. 1, 1995, pp. 3-30.

BUSTO LAGO, J. M. *et al*, *Curso de Derecho civil de Galicia*, Atelier, Barcelona, 2015.

DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, J.L., “Aproximación a una teoría general del patrimonio”, *Revista de derecho privado*, julio-agosto, 1991, pp. 606 y ss.

GARCÍA RUBIO, M.P., “Pactos Sucesorios (I). El usufructo voluntario de viudedad”, *Manual de Derecho civil gallego*, Cólex, Madrid, 1999, pp. 233-246.

GARCÍA RUBIO, M.P., NIETO ALONSO, A. e HERRERO OVIEDO, M., “Las legítimas en la Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia”, *Tratado de legítimas*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 203-290.

GARCÍA VALDECASAS, G., “La adquisición de la herencia en Derecho español”, *Revista de Derecho privado*, núm. 323, 1944, pp. 89-123.

GITRAMA GONZÁLEZ, M., “La administración de herencia en el derecho español”, *Revista de derecho privado*, Madrid, 1954.

GONZÁLEZ DORREGO, I.J., *Dereito de Sucesións e Réxime Económico Familiar de Galicia. Comentarios aos Títulos IX e X e Disposición Adicional Terceira da Lei 2/2006, do 14 de xuño e á Lei 10/2007, do 28 de xuño*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2007.

HERRERO OVIEDO, M., “Reformulación del usufructo voluntario del cónyuge viudo en la nueva Ley de Derecho Civil de Galicia”, *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Aranzadi Cizur Menor, Pamplona, 2008, pp. 1605-1625.

LACRUZ BERDEJO, J.L., “Derecho subjetivo, derechos sin sujeto y herencia yacente”, *Estudios jurídico-sociales*, Universidad de Santiago de Compostela, 1960, pp. 540 y ss.

MASIDE MIRANDA, J.E., “O usufructo voluntario de viuvez”, *Estudos sobre a Lei de Dereito civil de Galicia, Lei 2/2006, de 14 de xuño*, Fundación Registral, Santiago de Compostela, 2009, pp. 549-594.

MONJE BALSAMEDA, O., *La herencia yacente*, Dykinson, Madrid, 2001.

PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., “La sucesión testada”, *Manual de Derecho civil gallego*, Cólex, Madrid, 1999, pp. 223-232.

REBOLLEDO VARELA, A.L. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia, Ley 2/2006, de 14 de junio*, Cizur Menor, Navarra, 2008.

PROCESO PENAL Y TWITTER: MANUAL DE INSTRUCCIONES

Ana Rodríguez Álvarez
Profesora de Derecho Procesal
Universidad de Santiago de Compostela

TITLE: *CRIMINAL PROCEDURE AND TWITTER: AN INSTRUCTION MANUAL.*

RESUMEN: El propósito del presente trabajo pasa por ofrecer al lector una suerte de manual sobre la presencia de Twitter en el proceso penal. Una guía que le permita conocer, entre otras cosas, en qué delitos los *tweets* están siendo determinantes o si retuitear un comentario puede llegar a acarrear una sentencia condenatoria. A fin de alcanzar nuestro objetivo, formularemos una serie de cuestiones a las que, a continuación, trataremos de dar respuesta.

ABSTRACT: *The purpose of this paper is to offer the reader a kind of manual about the presence of Twitter in criminal procedure. A guide that allows to know, among other things, in which crimes tweets are being decisive or if retweet a comment can lead to a conviction. In order to achieve our aim, we will formulate some questions which we will then try to answer.*

PALABRAS CLAVE: proceso penal, Twitter, prueba.

KEYWORDS: *criminal procedure, Twitter, evidence.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. TWITTER EN EL PROCESO PENAL. 2.1. *¿En qué tipo de delitos están cobrando importancia los tweets?* 2.2. *¿Pueden acceder las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a nuestros mensajes en la red social Twitter?* 2.3. *¿Es posible ser condenado por la publicación de un único tweet?* 2.4. *¿Se puede incurrir en responsabilidad por un retweet?* 2.5. *¿Se puede quebrantar una prohibición de comunicación mediante Twitter?* 2.6. *¿Sirve un pantallazo como prueba de cargo?* 2.7. *¿Se tiene en cuenta el número de seguidores a la hora de valorar las circunstancias del caso?* 2.8. *¿Es posible condenar a alguien a cerrar su cuenta de Twitter?*
BIBLIOGRAFÍA. JURISPRUDENCIA CONSULTADA.

1. INTRODUCCIÓN

Creada en el año 2006, Twitter es una plataforma de comunicación e información eminentemente pública que cuenta en la actualidad con millones de usuarios. Esta red social, al igual que acontece con cualquier otra realidad de nuestro entorno, no ha podido permanecer ajena al ámbito del Derecho. Y de este modo, en los últimos años, Twitter ha acabado repercutiendo en el ámbito jurídico y, más concretamente, en el proceso judicial. ¿Por qué? Principalmente, porque ha sido testigo silencioso tanto de la comisión de ilícitos civiles y penales, como de revelaciones comprometedoras para más de un usuario.

El propósito de las siguientes páginas pasa por ofrecer al lector una suerte de manual sobre la presencia de Twitter en el proceso penal. Una guía que le permita conocer, entre otras cosas, en qué delitos los *tweets* están siendo determinantes o si retuitear un comentario puede llegar a acarrear una sentencia condenatoria. A fin de alcanzar

nuestro objetivo, formularemos una serie de cuestiones a las que, a continuación, trataremos de dar respuesta.

2. TWITTER EN EL PROCESO PENAL

2.1. *¿En qué tipo de delitos están cobrando importancia los tweets?*

Para responder a esta pregunta es preciso establecer con carácter previo dos bloques diferenciados: el primero de ellos se conforma por todos aquellos casos en los que el *tweet* es el medio a través del cual se comete la infracción, lo cual constituye el supuesto más habitual en la práctica. Por su parte, en el segundo se encontrarían aquéllos en los que las palabras reflejadas en el *tweet* no suponen una acción punible, pero sirven como fuente de prueba para esclarecer la comisión de un delito.

Dentro del primer bloque, destacan como casos más frecuentes los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas¹; así como los relativos a injurias, calumnias o vejaciones injustas². No obstante, también nos encontramos con infracciones contra el orden público³; incitación al odio⁴; amenazas⁵; quebrantamiento

¹ Vid. STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 600/2017, de 25 de julio; SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 15/2017, de 29 de marzo; SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 9/2017, de 29 de marzo; STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 206/2017, de 28 de marzo; SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 12/2017, de 21 de marzo; SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 7/2017, de 9 de marzo; SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 6/2017, de 9 de marzo; SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 4/2017, de 28 de febrero; SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 2/2017, de 26 de enero; STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 4/2017, de 18 de enero; SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 33/2016, de 17 de noviembre; SAN (Sala de lo Penal, Sección 3ª) 35/2016, de 15 de noviembre; SAN (Sala de lo Penal, Sección 3ª) 29/2016, de 21 de septiembre; SAN (Sala de lo Penal, Sección 3ª) 24/2016, de 19 de julio; STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 623/2016, de 13 de julio; AJCI núm. 1 de 7 de marzo de 2016; SAN (Sala de lo Penal, Sección 2ª) 4/2016, de 1 de marzo; SAN (Sala de lo Penal, Sección 2ª) 3/2016, de 23 de febrero; SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 7/2016, de 4 de febrero; SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 6/2016, de 29 de enero; AAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 556/2015, de 9 de diciembre; SAN (Sala de lo Penal, Sección 3ª) 39/2015, de 14 de octubre; AJCI núm. 1 de 7 de octubre de 2015; AJCI núm. 1 de 2 de julio de 2015; STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 378/2017, de 25 de mayo.

² Vid. SJP Pamplona núm. 4 89/2017, de 7 de abril; AAP Navarra (Sección 2ª) 341/2016, de 15 de diciembre; SAP Madrid (Sección 30ª) 503/2016, de 4 de julio; SAP Salamanca (Sección 1ª) 44/2016, de 30 de mayo; SAP Murcia (Sección 3ª) 454/2015, de 6 de noviembre; AJCI núm. 5 de 9 de septiembre de 2015; SAP Madrid (Sección 26ª) 394/2015, de 27 de mayo; SAP Cáceres (Sección 2ª) 80/2015, de 26 de febrero; SAP Navarra (Sección 2ª) 38/2015, de 24 de febrero; SAP Navarra (Sección 1ª) 19/2015, de 20 de febrero; AAP Cantabria (Sección 3ª) 71/2015, de 11 de febrero; SAP Burgos (Sección 1ª) 12/2015, de 14 de enero; SAP Madrid (Sección 6ª) 891/2014, de 12 de diciembre; SAP Murcia (Sección 3ª) 439/2014, de 14 de octubre; SJP Madrid núm. 24 169/2014, de 6 de mayo; SAP Cáceres 172/2014, de 10 de marzo; AAP Barcelona 374/2012, de 26 de abril; SAP Madrid 398/2013, de 18 de diciembre; SAP Madrid 285/2013, de 15 de noviembre.

³ Vid. SAP Murcia (Sección 3ª) 148/2015, de 26 de marzo –si bien esta calificación penal, que provenía de la sentencia de instancia, no era correcta según la Audiencia–.

⁴ Vid. SJI Cerdanyola del Vallès núm. 8 25/017, de 15 de marzo; SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 2/2017, de 26 de enero.

⁵ Vid. SAP León (Sección 3ª) 233/2015, de 27 de abril; SAP Burgos (Sección 1ª) 12/2015, de 14 de enero; SAP Madrid (Sección 6ª) 159/2014, de 21 de marzo.

de medida cautelar⁶; quebrantamiento de condena⁷; o distribución de pornografía infantil⁸.

Con respecto a las infracciones dentro de este primer grupo, en las que los *tweets* constituyen el medio de comisión del ilícito, lo cierto es que no existen especialidades en lo que respecta a la acción típica. La única particularidad destacada por los tribunales viene dada, como es lógico, por el medio en que se difunden, el cual provoca –al menos potencialmente– una mayor publicidad y repercusión de la acción⁹. Esta propagación de los mensajes, como señala la SAP Cáceres 172/2014, de 10 de marzo, puede verse más amplificada todavía a través de los denominados *retweets*¹⁰.

Dentro del segundo grupo, nos encontramos *tweets* empleados como prueba en infracciones contra los sentimientos religiosos¹¹; colaboración e integración en banda terrorista¹²; agresiones sexuales; lesiones¹³; y deslucimiento de bienes¹⁴. Destacaremos a este respecto tres ejemplos.

En primer lugar, la SJI Alicante núm. 853/2017, de 6 de marzo, sentencia que resuelve el mediático caso “caranchoa”. En ella el Juzgado recurre a un *tweet* publicado por el *youtuber* –en el que reconocía literalmente que sus supuestas bromas le podrían ocasionar algún tipo de agresión–, para, a la postre, rebajar la condena del repartidor¹⁵.

En una extensísima sentencia (teniendo en cuenta el carácter leve de la infracción enjuiciada) el Juzgado estima que “El consentimiento [en la lesión] en este sentido es claro y contundente, expresamente emitido en sus propias manifestaciones vertidas en la red y a través de las redes sociales, tal y como resultan de los vídeos y audios aportados por la defensa así como del mensaje lanzado a través de Twitter.

⁶ Vid. SAP Cuenca (Sección 1ª) 159/2013, de 17 de diciembre.

⁷ Vid. SAP Murcia (Sección 3ª) 454/2015, de 6 de noviembre.

⁸ Vid. SAP Salamanca (Sección 1ª) 30/2015, de 27 de octubre.

⁹ Se genera, como apunta la SAP Madrid 398/2013, de 18 de diciembre, un “efecto expansivo”. En línea con lo señalado, sostiene ORTIZ PRADILLO, J. C., *Problemas procesales de la ciberdelincuencia*, Colex, Madrid, 2013, p. 22, que “Si atendemos al clásico delito de amenazas o de las injurias y calumnias, resulta evidente la mayor lesividad que el empleo de las tecnologías de la comunicación supone para el honor, la fama o la reputación de una persona”.

¹⁰ SAP Cáceres 172/2014, de 10 de marzo: “Decir, como sostiene el recurrente, que unos mensajes difundidos a través de Twitter por quien reconoce tener más de un millar de seguidores constituyen «conversaciones privadas» constituye una afirmación carente de un mínimo rigor, pues la finalidad de esa red social es precisamente la contraria: La difusión del mensaje entre los seguidores de quien lo escribe, difusión que, además, puede verse ampliada a un ámbito subjetivo aún mayor a través de los «retruiteos» como sugiere la sentencia de instancia”.

¹¹ Vid. AAP Navarra (Sección 1ª) 198/2017, de 28 de abril.

¹² Vid. SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 11/2017, de 17 de marzo. SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 38/2016, de 15 de noviembre.

¹³ Vid. SJI Alicante núm. 8 53/2017, de 6 de marzo.

¹⁴ Vid. SAP Toledo (Sección 1ª) 7/2012, de 31 de enero.

¹⁵ Literalmente: “Últimamente estoy al borde de que me metan un buen guantazo, me merezco unos cuantos ya... xd”.

La concurrencia de los presupuestos del consentimiento en las lesiones no puede ser entendido en el sentido de que el denunciante buscara de propósito ser agredido, sino simplemente que asume el riesgo y tiene perfecto conocimiento de que el resultado dañoso puede producirse, siendo perfectamente previsible para el agredido, y, a pesar de ello, presta su consentimiento para ello, para que se produzca ese resultado dañoso, la bofetada, y así lo manifiesta a través de las redes sociales. Alardear públicamente de la posibilidad de ganarse una bofetada, como signo o evidencia de la calidad de su trabajo, en orden a procurar su entretenimiento y el de sus seguidores (puesto que tal era la finalidad de ese trabajo, tal y como señaló en el acto del juicio) y posteriormente retirar ese consentimiento o asunción de las consecuencias de la actuación provocadora que lleva a cabo, no deja de ser, en este sentido, una utilización ventajista del derecho penal, *ex post facto*, y en función de que el resultado de su actuación haya sido conforme a sus intereses o no, y, por tanto, debe considerarse que, dentro de los límites en que el propio interesado lo manifiesta, (la bofetada son gajes del oficio), debe considerarse que el consentimiento existe a los efectos del art. 155 del Código Penal. [...] Ahora bien, en la medida en que el consentimiento prestado, si bien reúne las condiciones y requisitos del art. 155 del Código Penal, no es conocido por el denunciado, debe considerarse que el hecho de que golpear a al denunciante y le causara las lesiones a que se ha venido haciendo referencia, debe considerarse punible, si bien como tentativa inidónea, al no existir bien jurídico protegido, al haber sido excluido por el acto de disposición previo llevado a cabo por el consentimiento del lesionado”.

En segundo lugar, la SAP Murcia (Sección 3ª) 439/2014, de 14 de octubre, relativa a un delito de agresiones sexuales, dispone que los insultos proferidos por el acusado a la víctima a través de Twitter, unidos a otros elementos probatorios, “constituyen indicadores objetivos de un perfil machista. Por ello no es inusual la reacción de Asunción, pues como cualquier sometida a esa suerte de violencia, pudo generar involuntarios sentimientos de dependencia emocional, sometimiento, culpa, pena, lástima, etc., que fueron detectados precisamente por la psicóloga”¹⁶.

Por último, en la SAP Toledo (Sección 1ª) 7/2012, de 31 de enero, los *tweets* del acusado sirvieron como prueba –junto con otros indicios– para condenarlo por una, a la sazón, falta continuada de deslucimiento de bienes (hoy convertida en infracción administrativa).

En el caso de autos, a pesar de que no existía prueba directa que identificase al apelante como autor de las pintadas, la Audiencia, confirmando la sentencia de instancia, consideró suficientes los indicios derivados de la investigación de los agentes de la Policía Local –ratificados en el acto del juicio–, unidos a los mensajes escritos en Twitter por el acusado. En tales mensajes “reconocía que había hecho una pintada en uno de los centros escolares en que efectivamente aparecieron las objeto del

¹⁶ Tales mensajes constituían también unas vejaciones injustas, sobre las que se pronuncia igualmente la resolución.

procedimiento, que tenía fotos de la misma y que dudaba colgarlas en la red porque la policía estaba tras el asunto”.

2.2. ¿Pueden acceder las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a nuestros mensajes en la red social Twitter?

En principio, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado pueden acceder a nuestras cuentas de Twitter, en la medida en que éstas, por defecto, son públicas. Y es que los mensajes que los usuarios comparten en sus perfiles –los conocidos como *tweets*– son públicos salvo que expresamente se modifique la configuración. Esto significa que su contenido puede ser visualizado, no sólo por sus seguidores –los denominados *followers*–, sino por la totalidad de usuarios de Twitter e, incluso, por cualquier persona que navegue por Internet.

No sólo es posible que accedan sino que, de hecho, lo hacen. Tal y como se desprende de las sentencias, determinadas unidades de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado se ocupan de rastrear la Red, haciendo un patrullaje análogo al que realizan en la vía pública¹⁷.

En orden a despejar cualquier posible duda sobre la legitimidad de esta actuación, la jurisprudencia la ha ratificado en sus resoluciones. Sirva de ejemplo la SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 11/2017, de 17 de marzo: “La investigación de la Guardia Civil se inició mediante un rastreo en internet [...] esta labor en las redes sociales públicas entra dentro de las funciones que corresponden legalmente a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. El artículo 11 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad dentro de sus funciones establece: prevenir la comisión de actos delictivos; e investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables. Las fuerzas y cuerpos de seguridad patrullan por la Red del mismo modo que sus agentes patrullan por las calles. No se puede confundir esta investigación legítima por los lugares públicos de las redes sociales, con una investigación prospectiva¹⁸ prohibida cuando afecte a los derechos fundamentales, ya sea al secreto de las comunicaciones, a la intimidad o a la inviolabilidad del domicilio, reconocidos en la Constitución”.

Tal y como adelanta esta sentencia, cuestión distinta sería que nuestras cuentas no fuesen públicas. Y es que la configuración pública predeterminada puede ser modificada por el usuario. Los mensajes pasarían entonces a ser *tweets* protegidos, los cuales ya no

¹⁷ Vid. SAN (Sala de lo Penal, Sección 3ª) 24/2016, de 19 de julio, que reconoce, además, el uso por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de la aplicación “*all my tweets*”, la cual “permite la descarga de los mensajes de texto, para ser visualizados concisamente”. También aluden a esa labor de rastreo, entre otras, la SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 12/2017, de 21 de marzo, la cual explica que tal labor se efectúa “mediante programas que buscaban ciertas palabras”.

¹⁸ Con mayor rotundidad niega el carácter prospectivo de estas pesquisas –tal y como había sido calificado en el caso de autos por la defensa del acusado– la SAN (Sala de lo Penal, Sección 2ª) 4/2016, de 1 de marzo.

serían visibles para todos los internautas, sino tan sólo para los seguidores que el usuario previamente hubiese aceptado. Lo mismo podemos decir en relación a los llamados mensajes directos, que no son otra cosa que mensajes privados enviados entre dos cuentas, los cuales sólo pueden ser vistos por remitente y destinatario, como si de una suerte de un correo electrónico se tratase¹⁹.

En ambos casos –*tweets* protegidos y mensajes directos–, sería necesaria una previa autorización judicial para poder acceder a su contenido²⁰. En este supuesto, el régimen jurídico aplicable sería el de intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, previsto en los artículos 588 ter a) y siguientes LECrim²¹.

Con todo, en ninguno de los casos analizados nos hemos encontrado con tal intervención. Antes bien, todas las cuentas Twitter eran de libre acceso.

2.3. ¿Es posible ser condenado por la publicación de un único tweet?

Sí, siempre que el mensaje cumpla con los requisitos exigidos en el Código Penal para la infracción de que se trate. Ahora bien, lo cierto es que la práctica totalidad de las sentencias analizadas aluden en su relato de hechos probados a una pluralidad de *tweets* –sea ésta mayor o menor–.

En todo caso, ya se trate de uno o varios *tweets*, de cara a su valoración no hay que atender únicamente al tenor literal de las palabras –máxime teniendo en cuenta la limitación de caracteres de los mensajes de esta red social²²–, sino también al “sentido o

¹⁹ Toda la información acerca del funcionamiento de la plataforma puede consultarse en su web: <https://support.twitter.com/>

²⁰ Ningún problema en este sentido se plantearía si los mensajes privados fuesen aportados por uno de los interlocutores. Aunque referido a los correos electrónicos, VELASCO NÚÑEZ, E., *Delitos cometidos a través de Internet. Cuestiones procesales*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010, p. 118, afirma que “Respecto a la posibilidad de que uno de los comunicantes pueda presentar como prueba al juzgado el correo que le afecta, sin consentimiento del otro comunicante o aun con su oposición, se debe estar a favor de posicionarse rotundamente a su favor. [...] sus protagonistas, ya sea como emisores, ya como receptores, pueden en cualquier momento desvelar el contenido de la comunicación, y su aportación al proceso (v. gr., como cuerpo del delito, hecha por el denunciante) es perfectamente válida”.

Más detalladamente, *vid.* RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., “Proceso penal y redes sociales: aportación por las partes de la información contenida en ellas”, en FUENTES SORIANO, O. (Coord.), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 339-349.

²¹ Un estudio sobre esta diligencia de investigación puede encontrarse en RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., “Intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas y *smartphones*. Un primer estudio a propósito de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en ASENCIO MELLADO, J. M. (Dir.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 149-182. Más escuetamente, *cfr.* RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., “La intervención de las comunicaciones y telemáticas: algunas dudas y reflexiones en torno a su vigente regulación”, en BUENO DE MATA, F. (Dir.), *Hacia una Justicia 2.0. Actas del XX Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática* (vol. I), Ratio Legis, Salamanca, 2016, pp. 339-353.

²² Limitación a la que alude, *e. g.*, AJCI núm. 1 de 7 de marzo de 2016: “teniendo en cuenta la limitación a 140 caracteres en Twitter, no es posible explicar claramente lo que se dice y cuál es la verdadera intención; abriéndose así la puerta a posibles de motivos de ofensa”.

La brevedad, sin embargo, no impide la articulación de un discurso. Así lo reconoce la SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 12/2017, de 21 de marzo: “La forma impone una economía estricta al lenguaje, de tal

la intención con que hayan sido utilizadas, pues es evidente que el lenguaje admite ordinariamente interpretaciones diversas y, a los efectos de establecer la responsabilidad por un delito de esta naturaleza, es preciso determinar con claridad en cuál de los posibles significados ha sido utilizado en cada concreta ocasión” (AJCI núm. 1 de 2 de julio de 2015)²³.

Un ejemplo de que el contexto es determinante para la calificación de los hechos como típicos o atípicos lo encontramos en la SAN (Sala de lo Penal, Sección 2ª) 3/2016, de 23 de febrero. En él se analizaba un mensaje en el que se incluía la frase “Jotake Irabazi Arte” (“sin descanso hasta ganar”). Si bien es cierto que la sentencia reconocía que la jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁴ consideraba que esta expresión “no implica, directamente, un mensaje inequívoco a la violencia ni una aprobación de su uso, [...] no tiene un sentido unívoco de apoyo o alabanza en clave terrorista, sino que es lo suficientemente ambigua como para que, en caso de duda, se esté al «favor libertatis»”, estima que en este caso el escenario y el contexto difieren. Mientras que en el caso que resolvió el Supremo la frase se pronunció en una manifestación a favor del acercamiento de los presos de ETA; en el de la Audiencia Nacional la expresión se escribió en un *tweet*, en el que, junto con la frase, figuraba la foto de un encapuchado que porta un cóctel molotov en llamas, razón por la cual el tribunal calificó su actuación como enaltecimiento del terrorismo. Como podemos comprobar, las mismas palabras en distintos contextos conducen a resoluciones divergentes.

Junto con ello, también el *hashtag* o etiqueta podría ayudar a desentrañar el verdadero sentido del mensaje publicado. En este sentido, el magistrado Grande-Marlaska Gómez –en su voto particular a la SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 12/2017, de 21 de marzo– sostiene que las etiquetas permiten interpretar el contenido del *tweet*, pues, a pesar de que “los *hashtag* no conforman directamente el tuit como pensamiento propio, en caso de duda sobre su intención [...] puede ayudar a su interpretación, al no dejar de ser voluntaria su vinculación”.

Con todo, la tarea de discernir, en determinados casos, “el alcance de lo intolerable”²⁵ no es en absoluto sencilla y ha llevado a nuestros tribunales a defender en ocasiones posturas maximalistas difícilmente –por no decir en absoluto– justificables. Un ejemplo de ello lo encontramos en la SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 9/2017, de 29 de marzo,

manera que la expresión se desarrolla mediante acrónimos, abreviaturas, contracciones, sobreentendidos, elisiones, símbolos (los llamados emoticones), onomatopeyas, deliberadas irregularidades sintácticas y gramaticales, signos ortográficos. Sin embargo, la brevedad impuesta no es un límite insuperable para la construcción del discurso”.

²³ También se refiere a la necesidad de valorar el contexto, el tono y las circunstancias del mensaje, entre otras, la SAP Salamanca (Sección 1ª) 44/2016, de 30 de mayo.

²⁴ La sentencia del Tribunal Supremo a la que se refería la Audiencia Nacional en su resolución era la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 121/2015, de 5 de marzo.

²⁵ Una dificultad reconocida por la propia jurisprudencia y que muestra a la perfección la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 4/2017, de 18 de enero (de donde hemos extraído la expresión del “alcance de lo intolerable”). En esta resolución, relativa a un caso de enaltecimiento del terrorismo, frente a la opinión mayoritaria del tribunal se alza el acertado voto particular de Perfecto Andrés Ibáñez.

sentencia que resolvió el polémico caso Cassandra. Además de condenar a la acusada por unos chistes de humor negro referidos a Carrero Blanco²⁶, el tribunal admite haber recurrido a *tweets* publicados por la joven cuando era menor para “contextualizar” y demostrar un pretendido carácter no conciliador: “Por lo demás, el marcado carácter no conciliador del acusado lo muestra en los textos por él escritos en época próxima a la mayoría de edad, como los siguientes [...]: Menciones las anteriores que efectuamos, no para incriminar indebidamente al acusado, sino para contextualizar sus opiniones y mensajes en el marco de este procedimiento y a través de prueba en él practicada y no impugnada”.

2.4. ¿Se puede incurrir en responsabilidad por un *retweet*?

Sí. Es más, en los relatos de hechos probados de la sentencia no es infrecuente que, junto con los mensajes de autoría propia, se incluyan también los mensajes retuiteados²⁷, que son aquellos escritos por otros usuarios pero que se comparten en el propio perfil.

En este sentido y al hilo de un caso sobre enaltecimiento del terrorismo, la Audiencia Nacional ha declarado que “resulta irrelevante que los mensajes, imágenes y composiciones fueran personalmente creados y publicados por el acusado o retuiteados (sic) por el mismo, ya que el tipo no exige la autoría material de las imágenes sino la difusión pública de los contenidos, lo que reconoció haber efectuado el acusado; divulgándolos «en abierto», de forma que eran de libre acceso, sin restricciones” –SAN (Sala de lo Penal, Sección 2ª) 3/2016, de 23 de febrero–²⁸.

Más recientemente, el tribunal parece haber introducido un cierto matiz a esta afirmación, pese a que no se pronuncia en términos demasiado concretos. Y es que, si bien mantiene que el *retweet* puede ser considerado como “una actividad delictiva, en caso de que concurran los requisitos objetivos necesarios para colmar el tipo legal”; estima que en estos casos “las circunstancias del caso concreto se deben extremar, en tanto que la reflexión, desde el punto de vista del elemento subjetivo, puede quedar más desvanecida” –STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 600/2017, de 25 de julio–.

²⁶ Lo insólito de este caso llevó a más de doscientos profesores universitarios de Derecho Penal a firmar un crítico manifiesto titulado «Carrero como síntoma».

²⁷ A título ejemplificativo, SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 6/2017, de 9 de marzo; SAN (Sala de lo Penal, Sección 2ª) 3/2016, de 23 de febrero; o SAN (Sala de lo Penal, Sección 3ª) 39/2015, de 14 de octubre.

²⁸ En la misma línea, la SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 6/2016, de 29 de enero, afirmaba que la comisión del delito no requería “que el sujeto activo del mismo sea el inventor de las proclamas, mensajes, comentarios, etc. a través de los cuales se perpetran el ilícito penal. El hecho de publicitarlos en su cuenta Twitter como hizo la acusada, logrando así su difusión entre sus 790 seguidores, colman las exigencias típicas de naturaleza objetiva contenidas en el artículo 578 del Código Penal”.

2.5. ¿Se puede quebrantar una prohibición de comunicación mediante Twitter?

Sí, tanto si la prohibición de comunicación se ha impuesto como medida de protección en el transcurso del proceso; como si se ha incluido en el fallo condenatorio²⁹.

Así las cosas, la prohibición de comunicación se quebrantará si se envía un mensaje directo, pero también si se escribe un *tweet* que incluya una mención (@nombre de usuario) a la víctima, pues el mensaje aparecerá en el *timeline* de esta última.

Más allá de estos dos supuestos, cabría preguntarse si el mero hecho de escribir en una cuenta mensajes destinados a la víctima pero sin efectuar la consabida mención, permitiría también estimar quebrantada la prohibición de comunicación.

A pesar de que habría que efectuar una cautelosa valoración *ad casum*, en nuestra opinión, en determinadas ocasiones sí podría entenderse quebrantada la prohibición de comunicación aunque no se incluyesen las denominadas menciones a la persona protegida, ni se le enviasen mensajes directos a su cuenta de Twitter. Y ello atendiendo a un criterio teleológico, ya que se estaría utilizando una plataforma que, recordemos, en principio es pública y accesible a cualquier usuario de la Red, con el fin de que esos mensajes (o, más bien, la repercusión que los mismos generen) lleguen a la víctima. Esto es, existiría una voluntad de comunicarse, la cual se llevaría a cabo de un modo “indirecto”, para tratar de eludir la prohibición impuesta.

A idéntica solución podría llegarse cuando, sin efectuar ninguna mención ni enviar mensaje alguno, la persona sobre la que recae la medida se convierta en seguidora de la protegida. Y ello porque tal situación implica la realización de una acción, como es la de pulsar el botón “Seguir” en el perfil del usuario, que supone una puesta en contacto. Desde luego, una puesta en contacto diferente a la tradicional, pero no por ello pierde tal condición. A fin de cuentas, el concepto comunicación en su sentido tradicional ha cambiado con la irrupción de las nuevas tecnologías de la información: sin duda, se ha vuelto más líquido y sus contornos se han desdibujado.

No obstante, la jurisprudencia ha entendido que no existía tal quebrantamiento en un supuesto en el que el acusado, aun escribiendo mensajes claramente dirigidos a la víctima, la había bloqueado previamente a la víctima en esta red social: “no cabe considerar la conducta desarrollada por el recurrente [...] como subsumible en el tipo penal de quebrantamiento de condena aplicado [...] pues tratándose de comentarios verificados en la red social citada a la que no tiene acceso la víctima, y ello por expreso bloqueo del titular de la cuenta, no cabe considerar que con tales comentarios se perseguía por el recurrente la finalidad de comunicarse con su ex novia, quien tomó conocimiento de tales comentarios, porque así se lo manifestaron dos amigos, respecto de los que nada consta que pudiera sustentar la posibilidad de que fueran utilizados por

²⁹ Vid. SAP Cuenca (Sección 1ª) 159/2013, de 17 de diciembre y SAP Murcia (Sección 3ª) 454/2015, de 6 de noviembre.

el recurrente, a modo de personas interpuestas, para vulnerar la prohibición de comunicación en forma indirecta” –SAP Asturias (Sección 3ª) 131/2016, de 29 de marzo–.

Con todo, desconocemos si la decisión de la Audiencia Provincial hubiese sido la misma si no se hubiera producido el previo bloqueo de la usuaria.

2.6. ¿Sirve un pantallazo como prueba de cargo?

En principio, no puede descartarse de plano la validez y la eventual consideración de un mero pantallazo como prueba de cargo. En estos casos, el pantallazo constituiría un elemento probatorio más, el cual, junto con los restantes que se desprendan de los medios de prueba practicados, puede coadyuvar a formar en uno u otro sentido la convicción judicial³⁰. Ello no impide afirmar, sin embargo, que el pantallazo, por sí solo, no será suficiente para enervar la presunción de inocencia³¹.

En todo caso, siempre resulta conveniente aportar un informe pericial que despeje cualquier duda sobre la autoría de los *tweets* y su eventual manipulación³².

Al margen de ello y sin perjuicio de las fuentes de prueba que puedan aportar las partes, de la jurisprudencia se desprende que es habitual que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado sean quienes se ocupen de comprobar la autenticidad de los mensajes y la autoría de los mismos, testificando posteriormente en el plenario³³. Igualmente, encontramos supuestos en los que los agentes elaboran los correspondientes

³⁰ Vid. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., “Proceso penal y redes sociales...”, *op. cit.*

³¹ En esta línea se pronuncia la jurisprudencia en resoluciones como la SAP Murcia (Sección 3ª) 454/2015, de 6 de noviembre: “La sentencia de instancia determina la autoría del acusado acudiendo al «pantallazo» [...] y consiguiente impresión documental que obtuvo la Policía [...]. A partir de ahí, tomando como cierto e indubitado que aquellas expresiones injuriosas que contenía el mensaje de texto referido procedían de la propia cuenta de Twitter del acusado se dicta su condena. [...]”

Pero esta forma de operar [...] presenta graves inconvenientes e inseguridades jurídicas debido a la facilidad que existe hoy en día en las redes sociales para que cualquiera pueda crear una cuenta de este tipo con nombre o identidad falsos o incluso utilizar, conociendo previamente las claves de seguridad correspondientes, los datos de otra persona.

[...] En el caso concreto no se practicó dicha prueba pericial que nuestro Tribunal Supremo considera ahora indispensable, o al menos la posibilidad de que éste se practicara y se hiciera con sus debidas garantías. Y tampoco consta que la denunciante facilitara sus propias claves personales de acceso a su cuenta de Twitter a fin de poder practicar dicha pericia y lograr unos resultados completamente seguros.

Por ello, al ser el *pantallazo* documentado en autos la única prueba de cargo utilizada en este caso para determinar la autoría de los mensajes, que ya hemos visto es totalmente insuficiente, procede estimar el recurso absolviendo al acusado al no existir la mínima seguridad jurídica de que fuera él, y no un tercero, quien colgara realmente aquellos mensajes injuriosos en la citada red social”.

³² De todos modos, no es infrecuente que los acusados reconozcan la autoría de los mensajes. Vid. STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 623/2016, de 13 de julio; SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 12/2017, de 21 de marzo; SAN (Sala de lo Penal, Sección 3ª) 35/2016, de 15 de noviembre; SAN (Sala de lo Penal, Sección 3ª) 29/2016, de 21 de septiembre; SAN (Sala de lo Penal, Sección 2ª) 4/2016, de 1 de marzo; SAN (Sala de lo Penal, Sección 2ª) 3/2016, de 23 de febrero; o SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 6/2016, de 29 de enero.

³³ Cfr. SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 33/2016, de 17 de noviembre; SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 9/2017, de 29 de marzo; o SAN (Sala de lo Penal, Sección 2ª) 3/2016, de 23 de febrero.

informes periciales que tratan de determinar si los dispositivos aprehendidos al acusado constituyen la fuente de emisión de los mensajes³⁴.

Otra referencia a la práctica la hallamos en el AJCI núm. 5 de 9 de septiembre de 2015, que ordena salvaguardar, entre otros, los *tweets* mencionados en la denuncia. A tal fin, dispone que el letrado de la Administración de Justicia levantará acta, auxiliado por los agentes de la Unidad de Investigación Tecnológica del Cuerpo Nacional de Policía en la ejecución de esta medida para evitar la pérdida o destrucción de la información.

2.7. *¿Se tiene en cuenta el número de seguidores a la hora de valorar las circunstancias del caso?*

Aunque no es un dato determinante, sí se tiene en cuenta en algunas ocasiones. De este modo, el número de seguidores suele ser un dato mencionado en el relato de hechos probados pero, además, se ha empleado en orden a valorar la gravedad de los hechos. Un ejemplo de esto último lo encontramos en la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 4/2017, de 18 de enero, que condenó a César Strawberry, cantante y líder de Def con Dos, por enaltecimiento del terrorismo: “El hecho de que se trate de unos mensajes difundidos a partir de una cuenta de Twitter con más de 8.000 seguidores, cada uno de ellos potenciales redireccionantes de tales mensajes, descarta la calificación de los hechos como de menor gravedad”.

Al margen del mayor o menor número de seguidores, lo cierto es que, como ya apuntábamos *supra*, el propio medio comisivo del delito intensifica de forma exponencial el daño a las víctimas, no sólo por su mayor repercusión –un público potencial mayor que el mismo comentario proferido en la calle–, sino también por la falta de control sobre su difusión³⁵.

A esta circunstancia alude la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 4/2017, de 18 de enero: “Otro hecho complica, todavía más si cabe, nuestro análisis. Y es que la extensión actual de las nuevas tecnologías al servicio de la comunicación intensifica de forma exponencial el daño de afirmaciones o mensajes que, en otro momento, podían haber limitado sus perniciosos efectos a un reducido y seleccionado grupo de destinatarios. Quien hoy incita a la violencia en una red social sabe que su mensaje se incorpora a las redes telemáticas con vocación de perpetuidad. Además, carece de control sobre su zigzagueante difusión, pues desde que ese mensaje llega a manos de su destinatario éste puede multiplicar su impacto mediante sucesivos y renovados actos de transmisión. Los modelos comunicativos clásicos implicaban una limitación en los efectos nocivos de todo delito que hoy, sin embargo, está ausente. Este dato, ligado al inevitable recorrido transnacional de esos mensajes, ha de ser tenido en cuenta en el momento de ponderar el

³⁴ E. g., SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 15/2017, de 29 de marzo.

³⁵ A la específica repercusión de las redes alude también la SAP Madrid (Sección 30ª) 503/2016, de 4 de julio.

impacto de los enunciados y mensajes que han de ser sometidos a valoración jurídico-penal”.

2.8. ¿Es posible condenar a alguien a cerrar su cuenta de Twitter?

Sí, determinadas resoluciones condenan al cierre de la cuenta Twitter³⁶, aunque otras se limitan a ordenar el borrado de los mensajes calificados como delictivos³⁷. Asimismo, en ocasiones se acuerda también el comiso y posterior destrucción de los ordenadores y/o teléfonos móviles del acusado de los que se sirvió para cometer tales infracciones³⁸.

Junto con ello, algunas resoluciones imponen la publicación de la condena. Así, la sentencia del 22 de mayo de 2013 del Juzgado de Instrucción núm. 35 de Madrid –de la que trae causa la SAP Madrid (Sección 7ª) 285/2013, de 15 de noviembre–, imponía, entre otros, la publicación del contenido del fallo de la sentencia durante tres meses en su cuenta de Twitter. Esta condena fue cuestionada por el recurrente, quien, además de indicar que no era merecedor de la misma, señalaba que desconocía “cómo habría de llevarse a cabo cuando solo se pueden publicar ciento cuarenta caracteres y [...] si conlleva que la publicación se mantenga tres meses o que sea el recurrente el que durante tres meses se dedique a publicar el fallo de una sentencia con los problemas que se pueden derivar de tal pretensión”.

La Audiencia, sin embargo, no aclara este extremo, pues se limita a señalar que “será con ocasión de la ejecución de la sentencia cuando pueda [el recurrente] promover una solicitud de aclaración o un incidente sobre esta cuestión, sin que este tribunal tenga que pronunciarse sobre dicha cuestión en esta alzada”³⁹.

Ante una circunstancia como ésta, una posible opción pasaría por hacer una sucinta mención a la condena en el *tweet* y, empleando un acortador de URL, incluir una dirección web que redirija al contenido íntegro de la resolución. Otra, que se procediese a la publicación del fallo mediante *tweets* sucesivos.

En este punto, lo cierto es que las condenas civiles suelen ser más explícitas, llegando a indicar el contenido del mensaje y el modo de publicación para el caso de que se rebasen los ciento cuarenta caracteres. Sirva de ejemplo, la SJPI Pamplona núm. 5 213/2012, de 15 de octubre, que no sólo ordena cómo se ha de proceder para publicar el fallo, sino que incluso facilita el contenido del mensaje: “El texto del mensaje será el siguiente: «Publico este tuit en cumplimiento de la sentencia de 11.10.12 del Juzgado de

³⁶ Condenan al cierre de cuentas, *inter alia*, SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 6/2017, de 9 de marzo; SJI Cerdanyola del Vallès núm. 8 25/017, de 15 de marzo; y SJP Madrid núm. 24 169/2014, de 6 de mayo.

³⁷ Condena al borrado de mensajes, *e. g.*, SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 9/2017, de 29 de marzo.

³⁸ Condenan al comiso y destrucción de ordenadores y/o teléfonos móviles, entre otras, SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 6/2017, de 9 de marzo; SAN (Sala de lo Penal, Sección 3ª) 29/2016, de 21 de septiembre; y SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 7/2016, de 4 de febrero.

³⁹ También la SJP Madrid núm. 24 169/2014, de 6 de mayo, obliga a la publicación de la sentencia, aunque no concreta el modo en que ha de hacerse.

1ª instancia 5 de Pamplona, que declara que los tuits que remitió el 18.03.11 vulneran el honor de Doña Josefa». (Si el texto no cabe en un solo *tweet* se enviará en varios hasta completarlo, uno a continuación del otro)”.

BIBLIOGRAFÍA

HUNT, P. H., “Tortious tweets: a practical guide to applying traditional Defamation Law to *twibel* claims”, *Louisiana Law Review*, vol. 73, 2013, pp. 559-600.

ORTIZ PRADILLO, J. C., *Problemas procesales de la ciberdelincuencia*, Colex, Madrid, 2013.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., “Intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas y *smartphones*. Un primer estudio a propósito de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en ASENCIO MELLADO, J. M. (Dir.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 149-182.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., “La intervención de las comunicaciones y telemáticas: algunas dudas y reflexiones en torno a su vigente regulación”, en BUENO DE MATA, F. (Dir.), *Hacia una Justicia 2.0. Actas del XX Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática* (vol. I), Ratio Legis, Salamanca, 2016, pp. 339-353.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., “Proceso penal y redes sociales: aportación por las partes de la información contenida en ellas”, en FUENTES SORIANO, O. (Coord.), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 339-349.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., “Me lo ha contado un pajarito. Los *tweets* como prueba en el proceso”, en BUENO DE MATA, F. (Dir.), *Processulus: estudios sobre Derecho Procesal*, Comares, Granada, 2015, pp. 191-201.

VELASCO NÚÑEZ, E., “Investigación procesal penal de redes, terminales, dispositivos informáticos, imágenes, GPS, balizas, etc.: la prueba tecnológica”, *Diario La Ley*, núm. 8183, 4 de noviembre de 2013, pp. 1-31.

VELASCO NÚÑEZ, E., *Delitos cometidos a través de Internet. Cuestiones procesales*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

Jurisprudencia penal

Tribunal Supremo

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 600/2017, de 25 de julio.

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 378/2017, de 25 de mayo.

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 206/2017, de 28 de marzo.
STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 4/2017, de 18 de enero.
STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 623/2016, de 13 de julio.
STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 264/2015, de 7 de mayo.
STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 121/2015, de 5 de marzo.

Audiencia Nacional

SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 15/2017, de 29 de marzo.
SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 9/2017, de 29 de marzo.
SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 12/2017, de 21 de marzo.
SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 11/2017, de 17 de marzo.
SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 7/2017, de 9 de marzo.
SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 6/2017, de 9 de marzo.
SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 4/2017, de 28 de febrero.
SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 2/2017, de 26 de enero.
SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 33/2016, de 17 de noviembre.
SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 38/2016, de 15 de noviembre.
SAN (Sala de lo Penal, Sección 3ª) 35/2016, de 15 de noviembre.
SAN (Sala de lo Penal, Sección 3ª) 29/2016, de 21 de septiembre.
SAN (Sala de lo Penal, Sección 3ª) 24/2016, de 19 de julio.
SAN (Sala de lo Penal, Sección 2ª) 4/2016, de 1 de marzo.
SAN (Sala de lo Penal, Sección 2ª) 3/2016, de 23 de febrero.
SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 7/2016, de 4 de febrero.
SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 6/2016, de 29 de enero.
AAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 556/2015, de 9 de diciembre.
SAN (Sala de lo Penal, Sección 3ª) 39/2015, de 14 de octubre.

Audiencias Provinciales

AAP Navarra (Sección 1ª) 198/2017, de 28 de abril.
AAP Navarra (Sección 2ª) 341/2016, de 15 de diciembre.
SAP Madrid (Sección 30ª) 503/2016, de 4 de julio.
SAP Salamanca (Sección 1ª) 44/2016, de 30 de mayo.
AAP Cantabria (Sección 3ª) 214/2016, de 20 de abril.
SAP Asturias (Sección 3ª) 131/2016, de 29 de marzo.
SAP Murcia (Sección 3ª) 454/2015, de 6 de noviembre.
SAP Salamanca (Sección 1ª) 30/2015, de 27 de octubre.
SAP Madrid (Sección 26ª) 394/2015, de 27 de mayo.
SAP León (Sección 3ª) 233/2015, de 27 de abril.
SAP Murcia (Sección 3ª) 148/2015, de 26 de marzo.
SAP Cáceres (Sección 2ª) 80/2015, de 26 de febrero.
SAP Navarra (Sección 2ª) 38/2015, de 24 de febrero.
SAP Navarra (Sección 1ª) 19/2015, de 20 de febrero.

AAP Cantabria (Sección 3ª) 71/2015, de 11 de febrero.
SAP Burgos (Sección 1ª) 12/2015, de 14 de enero.
SAP Madrid (Sección 6ª) 891/2014, de 12 de diciembre.
SAP Murcia (Sección 3ª) 439/2014, de 14 de octubre.
SAP Madrid (Sección 6ª) 159/2014, de 21 de marzo.
SAP Cáceres (Sección 2ª) 96/2014, de 10 de marzo.
SAP Madrid (Sección 2ª) 398/2013, de 18 de diciembre.
SAP Cuenca (Sección 1ª) 159/2013, de 17 de diciembre.
SAP Madrid (Sección 7ª) 285/2013, de 15 de noviembre.
SAP Madrid (Sección 7ª) 180/2013, de 31 de mayo.
SAP Madrid (Sección 17ª) 659/2012, de 10 de mayo.
AAP Barcelona (Sección 2ª) 374/2012, de 26 de abril.
SAP Toledo (Sección 1ª) 7/2012, de 31 de enero.

Juzgados de lo Penal

SJP Pamplona núm. 4 89/2017, de 7 de abril.
SJP Madrid núm. 24 169/2014, de 6 de mayo.

Juzgados Centrales de Instrucción

AJCI núm. 2 de 23 de junio de 2017.
AJCI núm. 1 de 7 de marzo de 2016.
AJCI núm. 1 de 7 de octubre de 2015.
AJCI núm. 5 de 9 de septiembre de 2015.
AJCI núm. 1 de 2 de julio de 2015.

Juzgados de Instrucción

SJI Cerdanyola del Vallès núm. 8 25/017, de 15 de marzo.
SJI Alicante núm. 8 53/2017, de 6 de marzo.

Jurisprudencia civil

Tribunal Supremo

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 50/2017, de 27 de enero.
ATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 11 de octubre de 2016.

Audiencias Provinciales

SAP Madrid (Sección 19ª) 159/2017, de 26 de abril.
SAP Madrid (Sección 25ª) 144/2017, de 18 de abril.
SAP Madrid (Sección 25ª) 128/2017, de 5 de abril.
SAP Madrid (Sección 21ª) 442/2016, de 11 de noviembre.
SAP Madrid (Sección 11ª) 231/2016, de 13 de mayo.
SAP Barcelona (Sección 11ª) 318/2015, de 2 de diciembre.
SAP Madrid (Sección 10ª) 199/2015, de 21 de mayo.

Juzgados de Primera Instancia

SJPI Madrid núm. 40 271/2016, de 27 de julio.

SJPI Sevilla núm. 22 235/2014, de 24 de noviembre.

SJPI Pamplona núm. 5 213/2012, de 15 de octubre.

LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL SUBACUÁTICO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL Y BRASILEÑO

Rubén Miranda Gonçalves
Doctorando en Derecho Administrativo
Universidad de Santiago de Compostela

TITLE: *THE PROTECTION OF UNDERWATER CULTURAL HERITAGE IN THE SPANISH AND BRAZILIAN LEGAL SYSTEM.*

RESUMEN: La protección del patrimonio cultural subacuático es una de las mayores novedades en la actualidad. En este estudio se analizará la protección del patrimonio cultural subacuático, como tipo de patrimonio especial, en la legislación española y brasileña.

ABSTRACT: *Protection of underwater cultural heritage has recently become a predominant issue . In this study we will analyse the protection of underwater cultural heritage as a type of special cultural heritage, within Spanish and Brazilian legislation.*

PALABRAS CLAVE: patrimonio cultural subacuático, Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, patrimonio cultural.

KEYWORDS: *underwater cultural heritage, Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage, cultural heritage.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL SUBACUÁTICO EN ESPAÑA. 2.1. *Preliminar.* 2.2. *La regulación del patrimonio cultural subacuático en la legislación estatal.* 2.2.1. El patrimonio cultural subacuático como régimen especial dentro del patrimonio histórico español. 3. LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL SUBACUÁTICO EN BRASIL. 3.1. *Preliminar.* 3.2. *La regulación del patrimonio cultural subacuático en la legislación brasileña.* 4. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Proteger el patrimonio cultural no es una tarea fácil, más aún cuando nos encontramos con la tarea de proteger el patrimonio cultural subacuático que, como su nombre indica, está bajo el agua, por lo que estamos ante un patrimonio que, diferenciado de los demás (documental y bibliográfico, histórico, artístico etc.), no se encuentra en tierra y, por tanto, merece una protección diferente.

Son numerosos los países que no contemplan en su ordenamiento jurídico ningún texto legal que lo proteja de manera específica, algo que dificulta su protección. A lo largo de estas páginas analizaremos cómo se protege el patrimonio cultural subacuático en España y en Brasil, dos países que no tienen legislación específica sobre patrimonio cultural subacuático que han optado por protegerlo desde el punto de vista del patrimonio arqueológico, aunque, en el caso de España, ratificó la Convención sobre el Patrimonio Cultural Subacuático de la UNESO de 2001.

Creemos que al ser algo de reciente novedad es fundamental hacer un estudio sobre esta materia, ya que han sido pocos los que se han dedicado a analizarlo y, por ello, a lo largo de este estudio trataremos los aspectos más relevantes sobre la protección del patrimonio cultural subacuático en la legislación española y también en la legislación Brasileña.

2. LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL SUBACUÁTICO EN ESPAÑA

2.1. *Preliminar*

Cuando se alude a la protección del patrimonio cultural subacuático en España es preciso señalar que, como tal, no aparece protegido en ninguna ley estatal. No obstante, ante la necesidad existente de proteger este tipo de patrimonio, el legislador español ha querido incluirlo dentro del patrimonio arqueológico y así darle protección a través de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español en los artículos 40 a 45.

El artículo 40 de la LPHE dispone que “forman parte del Patrimonio Histórico Español los bienes muebles o inmuebles de carácter histórico, susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie o en el subsuelo, en el mar territorial o en la plataforma continental”.

En ninguno de los preceptos de la LPHE que regulan este tipo de patrimonio se define qué debe entenderse como tal. La doctrina no lo ha tenido fácil a la hora de aportar un concepto unánime, aunque como bien señala el profesor Aznar Gómez, “el patrimonio cultural subacuático acoge en su seno los dos grupos de restos de trazas humanas sumergidos total o parcialmente, y tanto actual como pretéritamente: los lugares sumergidos y los pecios”¹.

Si lo que se pretende es buscar un concepto legal que nos defina qué es verdaderamente el patrimonio cultural subacuático, debemos acudir a la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático de la UNESCO aprobada el 2 de noviembre de 2001 y que España ratificó el 6 de junio de 2005.

Según el artículo primero de esta Convención, se puede decir que “por “patrimonio cultural subacuático” se entiende todos los rastros de existencia humana que tengan un carácter cultural, histórico o arqueológico, que hayan estado bajo el agua, parcial o totalmente, de forma periódica o continua, por lo menos durante 100 años, tales como: (i) los sitios, estructuras, edificios, objetos y restos humanos, junto con su contexto arqueológico y natural; (ii) los buques, aeronaves, otros medios de transporte o

¹ AZNAR GÓMEZ (2008), p. 101.

cualquier parte de ellos, su cargamento u otro contenido, junto con su contexto arqueológico y natural; y (iii) los objetos de carácter prehistórico”.

2.2. *La regulación del patrimonio cultural subacuático en la legislación estatal*

2.2.1. El patrimonio cultural subacuático como régimen especial dentro del Patrimonio Histórico Español

Al no existir normativa específica sobre la materia², debemos acudir al ordenamiento jurídico existente para que, aunque sea de manera indirecta, el patrimonio cultural subacuático no quede desprotegido³.

Este tipo de patrimonio está sometido a un régimen especial, al igual que también lo está el patrimonio etnográfico y el documental y bibliográfico. El legislador contempló unas disposiciones concretas para cada uno de ellos. En el caso que nos ocupa, el legislador quiso dedicarle los artículos 40 a 45 al patrimonio arqueológico los cuales analizaremos a continuación.

En el primer apartado del artículo 40 se establece el concepto de patrimonio arqueológico. En él, el legislador establece que serán susceptibles de ser considerados como patrimonio arqueológico “los bienes muebles o inmuebles de carácter histórico, susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie o en el subsuelo, en el mar territorial o en la plataforma continental”. Al incluir tanto los bienes muebles como los inmuebles, el legislador hace referencia a cualquier tipo de bien que se halle en el territorio español, por ejemplo un pecio hundido en el mar.

Este artículo debe estructurarse en tres partes. Integran el patrimonio arqueológico los muebles e inmuebles de carácter histórico, susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, que hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie o en el subsuelo, en el mar territorial o en la plataforma continental.

Suscribimos las palabras de ÁLVAREZ ÁLVAREZ cuando señala que es evidente que, cuando el legislador hace referencia a la palabra “extraídos”, está pensando “en el subsuelo y en la actividad más típica de la arqueología, que es alumbrar o sacar a la luz lo que está oculto”⁴.

El legislador hace mención al subsuelo, mar territorial y plataforma continental. La postura que defendemos es que debe considerarse patrimonio cultural subacuático también el patrimonio que pueda hallarse en zonas acuáticas diferentes al mar territorial o la plataforma continental, tales como ríos, lagos, lagunas, aguas interiores, etc. Con la

² MIRANDA GONÇALVES (2016), p. 142.

³ CASAR FURIÓ y TABERNER PASTOR (2010), p. 51.

⁴ ÁLVAREZ ÁLVAREZ (1989), p. 736.

redacción de este artículo parece que sólo son considerados como patrimonio arqueológico los bienes muebles o inmuebles que se encuentren en el mar territorial o la plataforma continental.

Una de las carencias que, a nuestro juicio, tiene este artículo 40 LPHE es que en el mismo no se contempla un criterio temporal, mientras sí se hace en la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático de 2001, que lo fija, como ya se ha visto, en 100 años.

El artículo 41 define lo que la ley entiende por excavación, prospección y hallazgos casuales⁵ y, a continuación, en los artículos siguientes se establecen las condiciones y requisitos que han de seguir éstas. Existen Comunidades Autónomas, por ejemplo Cataluña, que ya contemplan en sus ordenamientos jurídicos normas que regulan las excavaciones y las prospecciones, entre ellas estarían el Decreto 155/1981, de 27 de febrero, de la Generalitat de Cataluña, que aprueba la normativa sobre excavaciones arqueológicas en la Comunidad⁶.

En lo que respecta al artículo 42 de la LPHE, “toda excavación o prospección arqueológica, deberá estar autorizada por la Administración competente” (artículo 42). Esta autorización “obliga a los beneficiarios a entregar los objetos obtenidos debidamente inventariados, catalogados y acompañados de una Memoria, al Museo o Centro que la Administración competente determine y en el plazo que se fije, teniendo en cuenta su proximidad al lugar del hallazgo y las circunstancias que hagan posible, además de su adecuada conservación, su mejor función cultural y científica”. Por último, como es de esperar, “las excavaciones o prospecciones arqueológicas realizadas sin la autorización correspondiente, o las que se hubieren llevado a cabo con incumplimiento de los términos en que fueron autorizadas, así como las obras de remoción de tierra, de demolición o cualesquiera otras realizadas con posterioridad en el lugar donde se haya producido un hallazgo casual de objetos arqueológicos que no hubiera sido comunicado inmediatamente a la Administración competente” serán ilegales de acuerdo con lo dispuesto en la LPHE y sus responsables serán sancionados de acuerdo con la misma ley.

⁵ “1. A los efectos de la presente Ley son excavaciones arqueológicas las remociones en la superficie, en el subsuelo o en los medios subacuáticos que se realicen con el fin de descubrir e investigar toda clase de restos históricos o paleontológicos, así como los componentes geológicos con ellos relacionados.

2. Son prospecciones arqueológicas las exploraciones superficiales o subacuáticas, sin remoción del terreno, dirigidas al estudio, investigación o examen de datos sobre cualquiera de los elementos a que se refiere el apartado anterior.

3. Se consideran hallazgos casuales los descubrimientos de objetos y restos materiales que, poseyendo los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español, se hayan producido por azar o como consecuencia de cualquier otro tipo de remociones de tierra, demoliciones u obras de cualquier índole”.

⁶ BARRERO RODRÍGUEZ (1990), p. 650.

Otra de las notas relevantes que incluye la LPHE en su artículo 43 es que, ante la presunción de existencia de yacimientos o restos arqueológicos, paleontológicos o de componentes geológicos con ellos relacionados, la Administración competente tiene potestad para ordenar la ejecución de excavaciones o prospecciones arqueológicas en cualquier terreno público o privado del territorio español. En este último caso, y para la determinación de las correspondientes indemnizaciones, se tendrá en cuenta lo dispuesto en la legislación sobre expropiación forzosa.

La ley ha querido reconocer como bienes de dominio público todos los objetos y restos materiales que posean los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español y sean descubiertos como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra u obras de cualquier índole o por azar. No obstante, establece una condición para la persona que los descubra. Debe comunicársele a la Administración competente tal descubrimiento en un plazo máximo de 30 días, salvo que fuese un hallazgo casual, en cuyo caso deberá comunicársele inmediatamente. En ambos supuestos, tanto descubrimiento casual como no casual, la LPHE dispone que “en ningún caso será de aplicación a tales objetos lo dispuesto en el artículo 351 del Código Civil”⁷, es decir, jamás se considerará como propiedad del descubridor. Este apartado hay que ponerlo en relación con el tercer apartado del mismo artículo. Aun no aplicándose el artículo 351 del CC, la LPHE prevé un “premio” tanto para el descubridor como para el propietario del lugar en que se hubiere encontrado. A tenor del apartado tercero del artículo 44, “el descubridor y el propietario del lugar en que hubiere sido encontrado el objeto tienen derecho, en concepto de premio en metálico, a la mitad del valor que en tasación legal se le atribuya, que se distribuirá entre ellos por partes iguales. Si fuesen dos o más los descubridores o los propietarios se mantendrá igual proporción”.

Continúa señalando la ley en este mismo artículo, apartado segundo, que “una vez comunicado el descubrimiento, y hasta que los objetos sean entregados a la Administración competente, al descubridor le serán de aplicación las normas del depósito legal, salvo que los entregue a un Museo público”.

Como señala BARCELONA LLOP, “la LPHE crea el dominio público arqueológico. Independientemente de que antes de ella existieran bienes de valor arqueológico de dominio público, patrimoniales o de propiedad privada, a partir de ella todos los que se descubran y sean susceptibles de estudio con metodología arqueológica son demaniales”⁸.

La ley no busca flexibilidad y, en caso de incumplimiento de lo dispuesto tanto en el apartado uno como en el apartado dos del artículo en cuestión, establece que “privará al

⁷ “El tesoro oculto pertenece al dueño del terreno en que se hallare. Sin embargo, cuando fuere hecho el descubrimiento en propiedad ajena, o del Estado, y por casualidad, la mitad se aplicará al descubridor. Si los efectos descubiertos fueren interesantes para las Ciencias o las Artes, podrá el Estado adquirirlos por su justo precio, que se distribuirá en conformidad a lo declarado”.

⁸ BARCELONA LLOP, (2014), p. 497.

descubridor y, en su caso, al propietario del derecho al premio indicado y los objetos quedarán de modo inmediato a disposición de la Administración competente, todo ello sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar y las sanciones que procedan”.

Concluye la LPHE estableciendo el artículo 45, que “los objetos arqueológicos adquiridos por los Entes Públicos por cualquier título se depositarán en los Museos o Centros que la Administración adquirente determine, teniendo en cuenta las circunstancias referidas en el artículo 42, apartado 2, de esta Ley”, precepto ya analizado anteriormente.

3. LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL EN BRASIL

3.1. Preliminar

Brasil ha sido uno de los países más afectados por una política de dejadez administrativa y gubernamental. Ello ha dado lugar al expolio de múltiples yacimientos debido a la corrupción sistemática que ha padecido el país a lo largo de amplios periodos de tiempo y a la figura del caza tesoros RAMBELLI y FUNARI (2007), pp. 32-45. Como defiende CASTRO, *“el negocio de ellos no es encontrar galeones con tesoros debajo del agua sino inversionistas ricos o suficientemente estúpidos que les paguen las cuentas (...) Desentierran de entre los archivos la historia de un naufragio cualquiera, con un tesoro, real o imaginario. A veces se inventan una historia y le mezclan elementos de plausibilidad”, se unen junto con los políticos corruptos y la prensa sensacionalista, todo esto con el fin de atraer patrocinadores que se dejan llevar por el “canto de la sirena”*⁹.

A pesar de no ser uno de los países signatarios de la Convención de 2001, el patrimonio cultural subacuático está protegido por la Ley n° 7542, de 26 de septiembre de 1986, a través de la modificación que se produjo con la Ley n° 10.166, de 27 de diciembre de 2000 que trata sobre la búsqueda, exploración, remoción y demolición de los bienes hundidos, bajo el mar, encallados o perdidos en aguas brasileñas o de su competencia¹⁰. Debido a la influencia anglosajona, en Brasil se utiliza el término arqueología pública como sinónimo de destinada al público en general y no en el sentido de que sean bienes de dominio público o patrocinados por una entidad con personalidad pública¹¹.

La Marina brasileña viene realizando, desde 2010, esfuerzos para crear y proteger de la manera más eficaz el patrimonio cultural subacuático. Tal esfuerzo ha provocado la creación del *“Atlas dos Sítios de Naufrágio da Costa do Brasil”*¹².

⁹ CASTRO (2004), pp. 51-53.

¹⁰ RAMBELLI y GUSMÃO (2014), pp. 119-215 y RAMBELLI y FUNARI (2007), pp. 32-45.

¹¹ RAMBELLI (2009) pp. 53-62.

¹² MARTINS GUSMÃO (2016), pp. 86.

Otro de los logros del país es el centro de Estudios de Arqueología Náutica y Subacuática, en adelante CEANS, en el Núcleo de Estudos e Pesquisas Ambientais de la Universidad Estadual de Campinas, en adelante NEPAM/UNICAMP¹³.

La influencia de la Convención de 2001 se ha hecho notar en Brasil en el sentido de que ha supuesto un cambio en régimen de concesiones de exploraciones y en los rescates y recuperación de objetos. De esta forma, Brasil convocó el I Simposio Internacional de Arqueología Marítima de las Américas en 2007, con sede en Itaparica en el Estado de Bahía, y a los que acudieron no sólo países americanos sino también europeos y oceánicos. Las principales conclusiones de dicho Simposio los siguientes¹⁴:

Son cada vez más los países que reconocen los beneficios sociales, económicos y culturales de la protección del patrimonio cultural subacuático, de la ratificación de la Convención de 2001 e invita Brasil a ratificarla. Y recuerda que la ICOMOS siempre está disponible para prestar cualquier ayuda e información sobre el patrimonio cultural subacuático¹⁵.

La doctrina también está haciendo esfuerzo por concienciar e intentar crear una legislación acorde con la Convención de 2001 o que al menos permita disfrutar de dicho patrimonio a las generaciones venideras. En este sentido, podemos encontrar a BARCELOS DE FREITAS que explica dicha tesis con estas palabras: “(...) *engatinha na direção do zelo para com o patrimônio cultural submerso em suas águas, mas com suas portas escancaradas aos piratas atuais, não obstante o empenho da classe dos arqueólogos para mudar a posição oficial*”¹⁶.

3.2. *La regulación del patrimonio cultural subacuático en la legislación estatal brasileña*

La Lei Nº 10.166, de 27 de Dezembro de 2000, en su versión actual acerca de la investigación, exploración, remoción y demolición de cosas o bienes hundidos, sumergidos, encallados y perdidos en aguas bajo jurisdicción nacional, en terreno de marina y sus mayores y en terrenos marginales, como consecuencia de siniestro, aligeramiento o fortuna del mar, es la norma aplicable en Brasil a la protección del patrimonio cultural subacuático¹⁷. Por la descripción del enunciado de la propia ley se puede dar a entender que esta norma no está pensada en sí misma para proteger los bienes que componente el patrimonio cultural subacuático, sino más bien para rescatar y proteger bienes derivados de accidentes o extraviados de embarcaciones o naves.

¹³ MARTINS GUSMÃO (2016), pp. 39.

¹⁴ EUGENIA AMARANTE y BAVA DE CAMARGO (2017), pp. 252-279.

¹⁵ EUGENIA AMARANTE y BAVA DE CAMARGO (2017), pp. 262.

¹⁶ BARCELOS DE FREITAS (2012).

¹⁷ EUGENIA AMARANTE y BAVA DE CAMARGO (2017) pp. 252-279.

En sus capítulos iniciales se dedica a definir lo que se debe considerar como bienes perdidos y no lo que engloba el patrimonio subacuático como realizan otras normas¹⁸. Es en el art. 20 cuando se empieza hablar de bienes con valor artístico, histórico o arqueológico y que no pueden ser objeto de apropiación directa o a través de licitación. Destaca el contenido del art. 32.1 que, pese a no hablar de patrimonio subacuático, sí que protege de manera explícita y clara ciertos bienes con un pasado histórico y con determinados rasgos al indicar que “los restos de buques de casco de madera hundidos en los siglos XVI, XVII y XVIII se incorporan automáticamente en el dominio de la Unión, independientemente del lapso de tiempo de un año”, siendo por tanto objeto de protección y de “dominio público”. No obstante, dicha protección podría extenderse a épocas anteriores y no sólo al periodo colonial, pudiendo ser objeto de protección genérica tanto el siglo XIX como las épocas precolombinas.

Se otorga la potestad al Ministerio de Marina para coordinar, el control y la fiscalización de las operaciones y actividades investigación, explotación, remoción y demolición de cosas o bienes hundidos, sumergidos, encallados y perdidos en aguas bajo jurisdicción nacional, en terrenos de marina, así como en aquellos casos producidos como consecuencia de un siniestro, pudiendo el Ministro delegar la ejecución de tales servicios a otros órganos.

¹⁸ Los primeros artículos de la norma detallan cuando se consideran bienes perdidos y como estos pasan a ser de “dominio público”:

“Art 3º As coisas ou bens referidos no art. 1º desta lei serão considerados como perdidos quando o seu responsável:

I - declarar à Autoridade Naval que o considera perdido;

II - não for conhecido, estiver ausente ou não manifestar sua disposição de providenciar, de imediato, a flutuação ou recuperação da coisa ou bem, mediante operação de assistência e salvamento.

Art 4º O responsável por coisas ou bens referidos no art. 1º desta lei poderá solicitar à Autoridade Naval licença para pesquisá-los, explorá-los, removê-los ou demoli-los, no todo ou em parte.

Art 5º A Autoridade Naval, a seu exclusivo critério, poderá determinar ao responsável por coisas ou bens, referidos no art. 1º desta lei, sua remoção ou demolição, no todo ou em parte, quando constituírem ou vierem a constituir perigo, obstáculo à navegação ou ameaça de danos a terceiros ou ao meio ambiente.

Parágrafo único. A Autoridade Naval fixará prazos para início e término da remoção ou demolição, que poderão ser alterados, a seu critério.

Art 6º O direito estabelecido no art. 4º desta lei prescreverá em 5 (cinco) anos, a contar da data do sinistro, alijamento ou fortuna do mar.

Parágrafo único. O prazo previsto neste artigo ficará suspenso quando:

I - o responsável iniciar a remoção ou demolição;

II - a Autoridade Naval determinar a remoção ou demolição;

III - a remoção ou demolição for interrompida mediante protesto judicial.

Art 7º Decorrido o prazo de 5 (cinco) anos, a contar da data do sinistro, alijamento ou fortuna do mar, sem que o responsável pelas coisas ou bens referidos no art. 1º desta lei tenha solicitado licença para sua remoção ou demolição, será considerado como presunção legal de renúncia à propriedade, passando as coisas ou os bens ao domínio da União.

Art 8º O responsável pelas coisas ou pelos bens referidos no art. 1º desta lei poderá ceder a terceiros seus direitos de disposição sobre os mesmos”.

Será esta entidad la que autorice a que se celebre un contrato. En él se puede establecer un pago o recompensa por la remoción y extracción de los bienes de valor artístico, histórico y arqueológico no pudiendo ser superior al 40% del total del valor que se atribuya a los bienes. También se puede establecer una fianza, así como un sistema de responsabilidad subsidiaria por las acciones que se lleven a cabo.

Los objetos rescatados deben ser evaluados por una comisión de peritos convocada por la Autoridad Naval o por el Ministerio de Cultura, que decidirá si tienen valor artístico, histórico y arqueológico y teniendo además que detallar el valor de los mismos de acuerdo al mercado internacional. El Estado siempre se guardará la potestad de elegir y adjudicar los bienes rescatados o encontrados, así como las formas de adjudicación de los mismos.

La ley establece como se deberá pagar este 40% sobre el valor de los bienes encontrados y rescatados, ya sea en dinero en efectivo o con valores. Con independencia del pago, todos los bienes recuperados deben ser entregados a la Autoridad Naval para llevar a cabo el análisis, hasta ese momento el autorizado está obligado a asegurar los bienes y la conservación de los mismos hasta que se efectúe la entrega.

La Autoridad puede cancelar y retirar la autorización siempre que el autorizado no realice las operaciones en el plazo establecido de inicio, cuando estas no sean acordes a lo establecido, cuando se haya verificado que se han producido riesgos inaceptables para la seguridad de la navegación, daños a terceros, al medio ambiente o acciones declaradas ilícitas de acuerdo a otra normativa. Al mismo tiempo, la Autoridad Naval también está autorizada para obligar al autorizado a terminar las obras que venía realizando. En estos casos no se hará efectivo ningún pago al afectado por el incumplimiento de lo autorizado.

Hay que destacar como esta ley cumple con la función de difusión cultural, puesto que en el caso de submarinismo para las zonas con gran valor en patrimonio cultural subacuático, basta con la comunicación al Ministerio de Marina o al Instituto Brasileiro de Turismo. La única condición es que no represente ningún riesgo inaceptable para la seguridad de la navegación, para terceros o para el medio ambiente. Dado que el submarinismo es la forma más fácil de acceder a los lugares con valor patrimonio cultural subacuático y la poca protección que reciben este tipo de bienes de forma legal, ha sido utilizado por la doctrina para fomentar el uso de los arqueólogos submarinistas de forma que se consiga no solo un reconocimiento al patrimonio cultural subacuático sino que se amplíe a los pecios y lugares de las aguas interiores de Brasil y no sólo a las costas¹⁹.

¹⁹ RAMBELLI (2009), pp. 53-62.

4. CONCLUSIONES

Si la protección del patrimonio cultural en general no es una tarea fácil, mucho menos va a ser proteger el patrimonio que se encuentra sumergido. Son muchos los países que no contemplan una legislación específica que proteja uno de los patrimonios más valiosos y buscados por los *caza tesoros*.

Tanto España como Brasil no contemplan una ley específica sobre esta materia, no obstante, España, a diferencia de Brasil, va un paso por delante al haber ratificado la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático de la UNESCO del año 2001 que entró en vigor en el año 2009.

La conclusión a la que se llega con este estudio es que la mejor opción para no dejar lagunas jurídicas o interpretaciones, sería que tanto el legislador español como el brasileño aprobasen una normativa específica de acuerdo a los principios básicos que establece la Convención de 2001 y protegiesen de manera real y contundente el patrimonio cultural subacuático frente a la exportación y expoliación para poder preservarlo correctamente en beneficio de la humanidad.

BIBLIOGRAFÍA

ALEGRE ÁVILA, J.M., *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*, tomos I y II, Ministerio de Cultura, Madrid, 1994.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.L., *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español*, Civitas, Madrid, 1989.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.L., *Sociedad, Estado y Patrimonio Cultural*, Espasa Calpe, Madrid, 1992.

AZNAR GÓMEZ, M.J., *La protección Internacional del Patrimonio Cultural Subacuático con especial referencia al caso de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

AZNAR GÓMEZ, M.J., “La definición de patrimonio cultural subacuático en la Convención UNESCO de 2001”, *PH Boletín del Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico*, núm. 67, 2008, pp. 100-109.

BARCELONA LLOP, J., “El dominio público arqueológico”, *Revista de administración pública* n.º. 151, 2000, pp. 133-166.

BARCELONA LLOP, J., “Patrimonio cultural submarino: dominio público, titularidad y competencias de las comunidades autónomas”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº. 99-100, 2014, pp. 493-512.

BARCELOS DE FREITAS, G., “Arqueologia Subaquática: as legislações brasileira e portuguesa a luz da Convenção sobre a proteção do Patrimônio Cultural subaquático de 2001” (<http://www.webartigos.com/artigos/arqueologia-subaquatica-as-legislacoes-brasileira-e-portuguesa-a-luz-da-convencao-sobre-a-protecao-do-patrimonio-cultural-subaquatico-de-2001/92877> consultado el 28 de septiembre de 2017).

CASAR FURIO M. E. y TABERNER PASTOR. F., “El concepto de entorno y su delimitación en los BIC Valencianos” *Práctica Urbanística*, Nº 99, Sección Perspectivas sectoriales, Diciembre 2010, p. 51.

CASTRO F.V., “Caçadores de tesouros: proposta de uma taxomia” *Revista Eletrônica História e-História..* 2004, pp.51-53.

DE MIGUEL RIERA. L., “Estrategias actuales en la aplicación de la Convención del Patrimonio Mundial. El papel del Ministerio de Cultura” *Patrimonio Cultural de España. El Patrimonio Mundial en España: una visión crítica*, nº 2, 2009, p.133.

EUGÊNIA AMARANTE C. y BAVA DE CAMARGO P. F., “Arqueologia Subaquática Brasileira: porqué o país aproveita mal sua capacidade científica?”. *Cadernos do Lepaarq.* Vol. XIV, nº 27, 2017. Pp. 252-279.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Consideraciones sobre una nueva legislación del patrimonio artístico, histórico y cultural”, *Revista Española de Administración*, nº. 39, 1983, pp. 575-594.

MARTINS GUSMÃO D., *Patrimônio cultural subaquático: preservação por meio da conscientização*. IV Seminario de Preservação de Patrimônio Arqueológico, Rio de Janeiro, 2016.

MIRANDA GONÇALVES, R., “Análisis de la nueva ley 5/2016, de 4 de mayo, de patrimonio cultural de Galicia y la protección del patrimonio cultural subacuático en la Comunidad Autónoma de Galicia”, *Os novos horizontes do constitucionalismo global*, Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, Barcelos, pp. 105-113.

MIRANDA GONÇALVES, R., “Las bases jurídicas de la protección del patrimonio cultural subacuático en España”, *Ius Publicum*, núm. 36, 2016, pp: 141-159.

MIRANDA GONÇALVES, R., “Análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español sobre el marco competencial en materia de patrimonio histórico

y cultural. La sentencia 122/2014, de 17 de julio”, *Diario La Ley*, núm. 8836, 2016, pp: 1-11.

MIRANDA GONÇALVES, R., “La protección del patrimonio cultural subacuático en la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático de 2001”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, año24; núm. 1, 2017, pp. 247-262.

MIRANDA GONÇALVES, R., “A proteção do património cultural subaquático e a sua regulação jurídica na legislação espanhola”, *Revista do Direito de Língua Portuguesa*, núm. 9, 2017, pp. 255-264.

PRIETO DE PEDRO, J., “Concepto y otros aspectos del patrimonio cultural en la Constitución”, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II, Civitas, Madrid, 1991.

RAMBELLI, G., “A arqueologia subaquática no Brasil”. *Revista do Museu de Arqueologia e Etnologia, São Paulo, Anais da 1 Semana de Arqueologia, Suplemento 8*, 2009.

RAMBELLI, G, y A FUNARI P. P., “Patrimonio cultural subacuático en Brasil: pensamientos varios” *Memorias, Revista Digital de Historia y Arqueológica desde el Caribe*. Año 4, Nº 7, 2007. Uninorte. Barranquilla.

RUIZ MANTECA, R., *El régimen jurídico del patrimonio cultural subacuático. Aspectos de derecho interno y de derecho internacional, público y privado*, Ministerio de Defensa, 2012.

DIFICULTADES EN LA SANCIÓN DE LOS DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE

Daniel González Uriel

Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 11-Refuerzo de Bilbao. Investigador en el Área de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de Santiago de Compostela.

TITLE: *DIFFICULTIES IN THE PUNISHMENT OF CRIMES AGAINST THE ENVIRONMENT.*

RESUMEN: La preocupación medioambiental ha provocado que se den respuestas internas e internacionales para hacer frente a los excesos contaminantes causados por los sistemas productivos, industriales y económicos, y por los modos de vida del hombre, que han originado daños al medio ambiente, en muchas ocasiones de carácter irreversible. Frente a esta situación ha surgido la convicción de la necesidad de proteger la naturaleza, con lo que los Estados y las Organizaciones Internacionales han tomado conciencia de la conveniencia de adoptar Convenios, Acuerdos, Tratados Internacionales, de cooperar en su salvaguarda y de adecuar sus legislaciones para proteger de una forma efectiva el entorno natural. En este trabajo se analiza la protección jurídica del medio ambiente desde una perspectiva global, valorando las implicaciones nacionales e internacionales. Se presta una atención especial a los delitos contra el medio ambiente tipificados en el Código Penal español y se exponen algunos aspectos problemáticos a la hora de enjuiciar tales conductas.

ABSTRACT: *Environmental concerns have led to internal and international responses to address the excesses of pollution caused by productive, industrial and economic systems and by man's livelihoods, which have caused environmental damage, many of them with an irreversible character. Faced with this situation has emerged the conviction of the need to protect nature, States and International Organizations have become aware of the convenience of adopting Conventions, Agreements, International Treaties, to cooperate in its safeguarding and to adapt their legislation to effectively protect the natural environment. This article analyzes the legal protection of the environment from a global perspective, valuing the national and international implications. Particular attention is paid to crimes against the environment as defined in the Spanish Penal Code and some problematic aspects are exposed when penalizing such conducts.*

PALABRAS CLAVE: medio ambiente, Derecho Medioambiental Europeo, protección pública, delito ecológico, catástrofes naturales.

KEYWORDS: *environment, European environmental law, public protection, ecological crime, natural disasters.*

SUMARIO: 1. LA PROTECCIÓN PÚBLICA DEL MEDIO AMBIENTE. 1.1. *El mandato constitucional.* 1.2. *La respuesta de la Comunidad Internacional.* 1.3. *El papel de la Unión Europea.* 2. VÍAS DE TUTELA. 2.1. *El Derecho Administrativo.* 2.2. *El Derecho Penal Medioambiental.* 2.2.1. *Situación anterior al CP de 1995.* 2.2.2. *El delito contra el medio ambiente en el CP de 1995.* 2.2.3. *El Derecho Penal Medioambiental Europeo.* 2.2.4. *El Derecho Penal Medioambiental Internacional.* 2.3. *La protección civil del medio ambiente.* 3. ALGUNOS ELEMENTOS CONFLICTIVOS EN LA JUDICIALIZACIÓN DE ESTOS DELITOS. 3.1. *Normas penales en blanco.* 3.2. *Dificultades en la obtención de medios de prueba.* 3.3. *Problemas de autoría.* 3.4. *La determinación de la relación de causalidad.* 3.5. *La responsabilidad civil y su cuantificación.* 3.6. *Casos mediáticos: expectativas generadas (y frustradas).* BIBLIOGRAFÍA.

1. LA PROTECCIÓN PÚBLICA DEL MEDIO AMBIENTE

1.1. *El mandato constitucional*

En las últimas décadas, fundamentalmente desde 1960-1970, se ha producido un cambio de paradigma en la protección del medio ambiente y se ha evidenciado la conveniencia de aunar esfuerzos y de lograr un *quorum* internacional: los Estados han sido conscientes de la imperiosa necesidad de conferir una tutela especial a dicho objeto de protección, se han intensificado los convenios internacionales y la actividad de las organizaciones internacionales, se ha previsto su salvaguarda en las constituciones nacionales, se han promulgado normas nacionales de desarrollo en diversos órdenes jurisdiccionales y se ha consolidado en la opinión pública la convicción de que urge adoptar medidas para preservar el medio en que nos desarrollamos.

Esta preocupación por los aspectos ecológicos no es algo novedoso de los siglos XX y XXI, puesto que en el Digesto ya se recogían “normas ambientalistas¹”, *v.gr.*, entre otras, las que prohibían la emisión de humos a los fundos vecinos. No obstante, la que sí podemos calificar como novedosa es la preocupación por poner límite a los excesos que los sistemas de producción y modos de vida del hombre producen en el medio ambiente: las industrias contaminantes, la globalización, la internacionalización de las relaciones comerciales y personales y la explotación descontrolada de los recursos naturales han producido un impacto ambiental de grandes magnitudes, y la comunidad internacional ha tomado conciencia de los abusos producidos. De este modo surge una crisis ecológica², donde el planteamiento y la denuncia sobre temas ambientales marcan un frente de las relaciones internacionales de determinados ámbitos del Derecho Internacional y de la economía mundial, con lo que se plantea la adopción de medidas y de actos de la política y del poder para conservar y proteger el medio ambiente, el hábitat, el mar, las aguas, el aire, el espacio aéreo, el suelo y el subsuelo. Se toma conciencia de la necesidad de conjugar la conservación de la biodiversidad con el aprovechamiento sostenible y racional de los recursos naturales, así como de luchar contra el cambio climático e intentar remediar en la medida de lo posible la degradación del medio ambiente.

La Constitución Española (CE) de 1978 no es ajena a dicha preocupación. Así, en su artículo 45, ubicado sistemáticamente en el Capítulo Tercero, intitulado “*De los principios rectores de la política social y económica*”, aborda la cuestión medioambiental³. Como se puede apreciar, la Carta Magna eleva el medio ambiente a la

¹ IBÁÑEZ MÉNDEZ (2003), p. 46.

² GONZÁLEZ RADÍO (2017), pp. 203-205.

³ Artículo 45 de la CE: “1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”.

categoría de valor tutelable por el ordenamiento jurídico, e incluso llega a apuntar la naturaleza de las sanciones imponibles a los infractores: penales o administrativas; es decir, es la propia CE la que posibilita la dualidad sancionadora por los dos órdenes jurisdiccionales. El hecho de encontrarse ubicado entre los principios rectores y no entre los derechos fundamentales, ni entre los derechos y deberes de los ciudadanos, en nada obsta la eficacia de su protección ni la necesidad de una actuación efectiva por los poderes públicos en dicho sentido, y no se trata de una mera declaración retórica sin efectos en la práctica. Por ello, la interpretación y entendimiento de la problemática medioambiental en el ordenamiento español debe tomar como punto de partida, indefectiblemente, el artículo anteriormente transcrito.

1.2. *La respuesta de la Comunidad Internacional*

La CE fue pionera entre los textos constitucionales en la defensa del medio ambiente, puesto que surge en un contexto histórico en que se puso de manifiesto que se estaba produciendo una degradación, en muchos casos irreversible, del medio natural. Entre otros hitos internacionales, podemos señalar que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) declaró el año 1970 como el “Año Internacional del medio ambiente”. Con posterioridad, podemos destacar, entre otros, los siguientes Convenios⁴ y textos internacionales: el *Convenio de Berna sobre la conservación de la vida silvestre y del medio natural en Europa*, suscrito en el año 1979, la *Carta mundial de la naturaleza* de la ONU de 1982, el *Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono* de 1985, el *Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono* de 1987, el *Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos, de los desechos peligrosos y su eliminación* de 1989, la *Declaración de la ONU sobre medio ambiente* del año 1992, la *Convención Marco de la ONU sobre cambio climático* de fecha 9 de mayo de 1992, el *Convenio marco sobre la diversidad biológica* del 5 de junio de 1992, la *Cumbre para la tierra de Río de Janeiro* celebrada en el año 1992, el *Protocolo de Kyoto* de 1997, la *Cumbre mundial para la Tierra* de 1997 (denominada usualmente Río + 5), la *Cumbre del Milenio* de la ONU del año 2000, la *Cumbre mundial sobre el desarrollo sostenible* de 2002 (conocida como Río + 10), la *Cumbre de la tierra de Río de Janeiro* del año 2012 (Río +20) o la *Cumbre del Clima de París* del año 2015, sin perjuicio de otros acuerdos, convenios y textos internacionales sectoriales específicos sobre materias concretas no referenciados en este momento.

Como se desprende de la mera enumeración efectuada, el tema analizado reviste una gran trascendencia y repercusión, y solamente mediante la implicación de todos los actores y sujetos internacionales se pueden conseguir los fines perseguidos. Se trata de un problema global, que afecta a todos, por lo que requiere de propuestas y de esfuerzos conjuntos, tanto de los Estados como de las organizaciones internacionales. Por esta razón resulta preocupante el hecho de que EEUU haya decidido abandonar en el año 2017 el acuerdo sobre el cambio climático de París, alcanzado en el año 2015 por casi

⁴ BORRILLO (2011), p. 2.

200 Estados. Ello implica el abandono del acuerdo del segundo emisor mundial –solo superado por China- de gases de efecto invernadero, por lo que los objetivos de la Cumbre de París peligran, ya que es más difícil el desarrollo de estrategias globales eficaces para mitigar y adaptarse al cambio climático si la primera potencia mundial no participa de los medios y de los objetivos propuestos. Ante este giro en la política ambiental norteamericana solo cabe, además de esperar una rectificación por parte de su ejecutivo, una mayor cohesión y colaboración leal de los restantes firmantes del Acuerdo y, en última instancia, que la Unión Europea (UE) adopte un papel de liderazgo internacional en el ámbito de las políticas medioambientales: es mucho lo que está en juego y los Estados y organizaciones internacionales deben estar a la altura de las circunstancias y de los fines perseguidos.

1.3. *El papel de la Unión Europea*

La Comunidad Económica Europea (CEE) no contenía⁵ en sus Tratados Constitutivos ninguna disposición legal que permitiera legislar o actuar en materia ambiental. Sin embargo, ello no resultó un óbice para la adopción de medidas medioambientales. El Parlamento Europeo adoptó en 1968 una resolución en la que solicitaba a los Estados miembros la realización de un balance de las legislaciones nacionales en vigor en ese momento, así como de las iniciativas tomadas o previstas, en el marco de la lucha contra la contaminación de las aguas, del aire y contra el ruido. En febrero de 1971, el Presidente de la Comisión Europea afirmó el propósito de recurrir al artículo 235 del Tratado de la CEE como soporte legal para elaborar regulaciones comunitarias directas en la materia. Otro momento que se debe destacar es la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de la CEE de París, celebrada entre los días 19 y 21 de octubre de 1972, en que se asumió como misión propia de la CEE la protección del medio ambiente. Desde este momento inicial se han dictado numerosas normas comunitarias –más de 200-, tanto Directivas como Reglamentos. Así, la UE ha adoptado una política protectora del medio ambiente, ha tomado conciencia de la urgencia del problema abordado, de la necesidad de respuestas conjuntas de los Estados y sigue desempeñando un papel trascendental, como puso de manifiesto el Tratado de Ámsterdam⁶.

En cuanto a la normativa promulgada, sin ánimo de ser exhaustivos, podemos atender a varias Directivas⁷: i) la Directiva 85/337/CEE, de 27 de junio, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, que constituye la primera norma relativa a la evaluación del impacto ambiental en la entonces denominada CEE, actual UE; dicha norma fue modificada por la Directiva 97/11/CE de 3 de marzo. ii) La Directiva 2001/42/CE, de 27 de junio de

⁵ VERCHER NOGUERA (2004), pp. 28-31.

⁶ Que modificó el Tratado de la Comunidad Europea, e incluyó un nuevo art. 6 que señalaba: “Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible”.

⁷ DEL CERRO BARJA (2004), pp. 129-142.

2001, que tiene por objetivo regular la Evaluación Ambiental Estratégica (EAE), con la finalidad de conseguir un elevado nivel de protección del medio ambiente y de contribuir a la integración de aspectos medioambientales en la preparación y adopción de planes y programas, con el objetivo de promover un desarrollo sostenible. iii) La Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, que pretende la participación del público en la elaboración de determinados programas y planes medioambientales, mejorando el acceso de la población a la administración de justicia: se pretendía que los ciudadanos pudiesen participar en la preparación, la modificación o la revisión de los planes y programas comunitarios en las materias contenidas en el Anexo I de dicha Directiva, que eran los relativos a residuos, a pilas y a acumuladores que contengan determinadas materias peligrosas, los concernientes a la protección de las aguas contra la contaminación producida por nitratos utilizados en la agricultura, los residuos peligrosos, los envases y residuos de envases y los que aborasen la evaluación y gestión de la calidad del aire.

iv) La Directiva 2004/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, que tiene como principio fundamental “quien contamina paga”, expone en su considerando 13 que “[...] *la responsabilidad no es un instrumento adecuado para abordar la contaminación de carácter extendido y difuso, en la cual es imposible asociar los efectos medioambientales negativos con actos u omisiones de determinados agentes individuales*”, por lo que no procederá su aplicación cuando no se pueda determinar el sujeto que ha contaminado de una manera efectiva. Además recoge en su artículo 2⁸ la definición de daño medioambiental. Dicha norma limita⁹ su ámbito de aplicación a los daños a la biodiversidad protegida y/o declarada comunitaria, a las aguas, al suelo y al subsuelo. A juicio de JORDANO FRAGA resulta llamativa la ausencia de la atmósfera, pero queda atenuada porque dicho bien ambiental es “*vehículo transmisor de contaminación y en la medida en que la misma acabe en un medio receptor dentro del ámbito de la Directiva se operara esa inclusión*”. Para implementar el sistema de responsabilidad medioambiental que establece, la Directiva recoge dos tipos de medidas¹⁰, a saber, preventivas y reparadoras. Las medidas preventivas deben ser ejecutadas por el operador con el objeto de impedir o reducir al máximo el daño. Las medidas reparadoras se recogen en el Anexo II de la directiva, y se subdividen en tres tipos: *reparación primaria*, centrada en la restitución *in natura* o en especie; *la reparación complementaria*, que es toda medida reparadora adoptada en relación con los recursos naturales y/o servicios para compensar el hecho de que la reparación primaria no haya dado lugar a la plena restitución de los recursos naturales y/o servicios dañados; y *reparación compensatoria*, para compensar las pérdidas provisionales de recursos naturales y/o servicios que tengan lugar desde la fecha en que

⁸ Vid. definición del daño medioambiental en el artículo 2 de la Directiva 2004/35/CE.

⁹ JORDANO FRAGA (2005), pp. 4-6.

¹⁰ NOVELLI (2012), pp. 46-48.

se produjo el daño hasta el momento en que la reparación primaria haya surtido todo su efecto

v) La Directiva 2008/99/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal: simplemente es enunciada puesto que, a efectos expositivos, será tratada al abordar el estudio del Derecho Penal Medioambiental Europeo (*vid. infra*).

2. VÍAS DE TUTELA

2.1. *El Derecho Administrativo*

La CE recoge en su artículo 45, como hemos visto, la necesidad de protección del medio ambiente, posibilitando la tutela administrativa y penal. Centrados en la primera, debemos estar a la distribución competencial operada en la propia CE. El artículo 149.1.23ª CE señala que *“1. El Estado tiene competencia exclusiva en [...] 23ª. Legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias”*. Por su parte, el artículo 148.1.9ª CE establece que *“1. Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias [...] 9ª La gestión en materia de protección del medio ambiente”*. Como se desprende de la lectura combinada de ambos preceptos, se ha configurado la protección medioambiental con la técnica legislativa de la ley básica estatal y su desarrollo por parte de las comunidades autónomas. Con ello surge una diversa configuración legal, y en la dialéctica unidad-diversidad¹¹ se generan tensiones que alcanzan a la propia estructura constitucional del sistema. El Tribunal Constitucional (TC) ha efectuado varias precisiones a propósito de las relaciones entre las leyes básicas estatales y la normativa de desarrollo de las CCAA. Así, la Sentencia del TC (STC) 87/1985, de 16 de julio, estableció la necesidad de que las normas sancionadoras que adopten las CCAA *“no introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto al régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio”*. En la misma STC, el máximo intérprete constitucional llevó a cabo ulteriores precisiones: *“La norma sancionadora autonómica habrá de atenerse a lo dispuesto en el artículo 149.1.1 CE, de modo que no podrá introducir tipos ni imponer sanciones que difieran sin fundamento razonable, de los ya recogidos en la normación válida para todo el territorio nacional”*; también manifestó que *“[...] la norma autonómica no infringirá lo dispuesto en el artículo 149.1.1 si se limita a sancionar, aunque de distinto modo, una conducta considerada ilícita en el ordenamiento general, y si tal sanción se proyecta sobre un bien [...] que no es distinto del también afectado por el derecho sancionador estatal [...]”*.

La STC 170/1989 también incide en este ámbito, especificando que las CCAA están habilitadas para al establecimiento de medidas que *“puedan completar o reforzar los*

¹¹ JORDANO FRAGA (1998), pp. 5 y 6.

niveles de protección previstos en la legislación básica, siempre que esas medidas legales autonómicas sean compatibles, no contradigan, ignoren, reduzcan, o limiten la protección establecida en la legislación básica del Estado".

Por lo que respecta a los rasgos del Derecho Administrativo, deben ser tenidos en cuenta a la hora de valorar su eficacia en la tutela del medio ambiente. Sintéticamente podemos convenir¹² en que dicho orden jurisdiccional es un Derecho preventivo, regulador, armonizador, que establece pautas, de formación vertical y que se encuentra mediatizado por la presión internacional –ejercitada a través de Tratados, Acuerdos y Convenios Internacionales-, por el sistema económico, por la propia estructura administrativa del país y, en última instancia, por el reparto competencial que la CE establece entre los distintos entes territoriales. El especial objeto sobre el que recaen las normas, el medio ambiente, conlleva que¹³ los recursos naturales estén sometidos a un conjunto de decisiones de planificación, de gobierno, de medidas relativas a su explotación y distribución, y ello se plasma en normas administrativas dirigidas de modo primario a los órganos administrativos y solo de modo secundario a los ciudadanos.

El Derecho Administrativo Medioambiental, por tanto, sigue las pautas de actuación administrativa, que FERNÁNDEZ DE GATTA¹⁴ concreta en *“actividad de policía o de limitación, actuación de fomento o estimulante, actividad de prestación o de servicio público y actividad o gestión económica”*. A juicio de dicho autor, las medidas que se han adoptado por los poderes públicos en la defensa del medio ambiente han sido inicialmente “curativas” –en las décadas de 1970 y 1980-, cuando el peligro era evidente o el daño ya se había producido, y de dicho sistema se pasó, dada su insuficiencia, pero sin abandonar su adopción, sino complementándolas, a las medidas “preventivas”, adoptando instrumentos que tratan de proteger el medio ambiente, evitando los procesos de contaminación, o, al menos, minimizándolos. Además, subraya que la protección conferida por los instrumentos “curativos”, debido a razones de urgencia, se organizó mediante medidas sectoriales, con relación a los medios más afectados por los procesos industriales –el aire y el agua-, que dichas medidas parciales no se basaban en instrumentos ecológicos y que los mismos se fundamentan en *“la clásica forma de actuar de la Administración Pública: supervisión y control, inspección y sanción”*.

El referido carácter sectorial produce una gran dispersión normativa, con una multitud de leyes y otros tantos desarrollos autonómicos, lo que dificulta la labor de interpretación y aplicación, por cuanto el juez tiene que acudir a distintas fuentes, con constantes remisiones a otras normas legales e infralegales. Esto se pone de manifiesto en el Preámbulo de la Ley 11/2012, de 19 de diciembre, de medidas urgentes en materia

¹² RODRÍGUEZ LEÓN (2005), p. 169.

¹³ GONZÁLEZ GUITIÁN (1989-1990), p. 116.

¹⁴ FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ (2006), pp. 258-261.

de medio ambiente, que señala que la legislación medioambiental “*debe ser clara y otorgar seguridad jurídica*”; además, efectúa una dura crítica de la técnica legislativa y administrativa empleada hasta entonces, exponiendo que “*Esta reforma parte del presupuesto de que la eficacia de las normas ambientales no puede identificarse con la yuxtaposición de planes, programas, autorizaciones, permisos y otras medidas de difícil aplicación real y práctica. Antes al contrario, una protección eficaz está reñida con el exceso retórico y normativo que lleva a la atrofia; y exige el establecimiento de reglas claras y sencillas que protejan el medio ambiente y fomenten un desarrollo compatible e integrado en él. En suma, la legislación ambiental también debe ser sostenible*”. Además, se subraya que era necesario delimitar las competencias sancionadoras de las Entidades Locales en materia de residuos y suelos contaminados, disponiendo que las ejercerán respecto de los residuos cuya recogida y gestión les corresponda. Esta ley modifica el Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio; también introdujo reformas en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, en la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y en la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero¹⁵.

Con este breve enunciado de leyes podemos entender la dificultad añadida para los operadores jurídicos: la dispersión normativa. Debemos tener presente que tales normas van acompañadas de los respectivos desarrollos autonómicos, sin olvidar las directrices de la Unión Europea, por lo que se trata de un sector del ordenamiento jurídico fragmentado, dinámico y en constante evolución.

Como ya hemos apuntado, las competencias y potestades administrativas son muy amplias en este sector. Abarcan desde la autorización, el control, la supervisión o la inspección, hasta la imposición de sanciones. En este punto es relevante poner el foco de atención en la actividad preventiva y previa, que se ve materializada en los siguientes instrumentos y técnicas de intervención y control administrativo¹⁶: i) la licencia, entendida como autorización sometida al principio de igualdad, mediante la cual se concretan los principios generales de la ley, plasmados en los respectivos planes y programas; este instrumento debería dejar de ser algo rutinario o meramente formal, como señala RODRÍGUEZ LEÓN, y debería aplicarse todo el rigor en sus dos fases, a saber, el control de legalidad en los requisitos para su obtención y un posterior seguimiento permanente, para confirmar la adecuación de la conducta a lo concedido. Asimismo, apunta dicho autor que debería otorgarse siempre previo informe técnico vinculante y que no debería permitirse su obtención en virtud de silencio administrativo.

¹⁵ A título meramente ejemplificativo podemos mencionar otras normas estatales relevantes en el ámbito analizado: la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación, la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Calidad del Aire y de Protección de la Atmósfera o la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental.

¹⁶ RODRÍGUEZ LEÓN (2005), pp. 176-182.

ii) Podemos añadir como instrumentos de control la realización de inspecciones periódicas por parte de los entes públicos, sin dejar tal actividad a meras entidades privadas, así como la necesidad de emitir informes de impacto ambiental por parte de los administrados que desempeñen actividades autorizadas que conlleven riesgos medioambientales, -con carácter anual o semestral-, y la verificación de los mismos por parte de la Administración. Con esta suerte de auditorías medioambientales se detectarían de forma precoz los posibles daños medioambientales y podría actuarse con mayor celeridad en su erradicación o minimización de efectos. A la Administración compete esencialmente, por lo tanto, dicha actividad preventiva y de control, sin perjuicio de su potestad sancionadora y de la adopción de las medidas pertinentes en dicho campo. En este sentido, debemos valorar positivamente algunas resoluciones de los tribunales de lo contencioso-administrativo, en las que se aplica el principio de acción preventiva frente a la contaminación, pero imponiendo una serie de limitaciones a la actuación administrativa en este ámbito¹⁷.

2.2. *El Derecho Penal Medioambiental*

2.2.1. Situación anterior al CP de 1995

Al analizar el Proyecto de Código Penal (CP) de 1980, la doctrina¹⁸ señalaba que en España, hasta ese momento, no existía una figura específica que pudiera denominarse delito ecológico o ambiental, por lo que los tipos penales existentes hasta entonces solo protegían al medio ambiente de forma indirecta. A su vez, en cuanto a las leyes especiales, la protección dispensada también resultaba ocasional, puntual y dispersa, y se recogían algunas normas penales especiales en los siguientes textos: la Ley de Protección de Pájaros Insectívoros de 1896, que inicia la senda¹⁹ de la protección penal del medio ambiente y de las especies, continuada en la Ley de Pesca fluvial, de 20 de febrero de 1942, en la Ley de Pesca Marítima de 31 de diciembre de 1946, en la Ley sobre energía Nuclear, de 29 de abril de 1964 y en la Ley 1/1970, de Caza, de 4 de abril. Ante dicha ausencia en el texto punitivo y siguiendo el mandato constitucional, el Proyecto de CP de 1980 consignó la materia en los artículos 323-325. No obstante, la incorporación del delito ecológico se operó con la reforma del CP en virtud de la Ley

¹⁷ DE LA VARGA PASTOR (2017), pp. 152-155. Así, en la Sentencia de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 5 de abril de 2017, en la que se cuestionaba un artículo de una ordenanza municipal que pretendía hacer pagar una tasa al denunciante cuando se denunciase una infracción acústica y el resultado de la inspección determinase que no había existido incumplimiento de la normativa. La Sala conjuga los principios de protección preventiva y de proporcionalidad, y estima que no se puede atender a datos puramente objetivos a la hora de atribuir la tasa, que la inspección podría iniciarse de oficio, que la denuncia opera de forma preventiva y con la finalidad de tutela del medio ambiente –salvo casos de temeridad o de denuncias infundadas que no tendrían encaje en este supuesto-. Por tales motivos considera que las denuncias se incardinan en el principio de acción preventiva y que los costes que se deriven de ellas deberán ser asumidos por los titulares de las actividades efectivamente contaminantes y declara nulo el precepto de la tasa.

¹⁸ RODRÍGUEZ RAMOS (1980-1981), pp. 283-287.

¹⁹ QUERALT JIMÉNEZ (1994), p. 61.

Orgánica (LO) 8/1983, de 25 de junio, que introdujo el artículo 347 bis CP²⁰ dentro de los delitos contra la salud pública. DE VEGA RUIZ²¹ concretaba sus caracteres exponiendo que se trataba de una infracción de naturaleza especial, *sui generis*, que se configura como un delito de peligro en el que el resultado tiene consecuencias agravatorias, y en el que el concepto de peligro es en principio ambiguo; además, detallaba que se trataba de una norma penal en blanco, ya que el tipo contempla como elemento normativo “*contraviniendo las leyes o reglamentos protectores del medio ambiente*”, y que el precepto planteaba como problema la reparación civil del daño causado, por la dificultad de su evaluación. A propósito de dicho artículo, QUERALT JIMÉNEZ²² consideraba que, pese al “*maremágnum normativo*” era correcto el aspecto sancionador, tanto administrativo como penal, pero criticaba la ausencia de previsiones legales sobre la reparación del medio ambiente dañado y la ausencia de una “*concienciación social de la infracción*”, tomando en consideración lo reducido de las sanciones pecuniarias previstas para los infractores, junto con “*la falta de un sistema de prevención adecuado, de inspección, control y verificación a la hora de autorizar instalaciones y durante su vida útil*”.

El Proyecto de Código Penal de 1992, como apuntaba GARCÍA VALDÉS²³, agrupaba en el Título XIII los delitos urbanísticos, contra el medio ambiente y los relativos a la protección de fauna y especies protegidas, conformando el denominado “delito ecológico”. A juicio de dicho autor el prelegislador podía optar entre dos alternativas: la técnica de las leyes penales especiales –como se regulaba en Italia–, estableciendo una protección sectorial y específica, o bien, acudir al criterio de la unificación –como en el CP alemán–, y que fue el criterio seguido en el Proyecto, que tenía como objetivo la concentración de tales tipos en el CP; cabría, no obstante, acudir a una tercera alternativa, expuesta por BACIGALUPO ZAPATER²⁴, que consistía en que se incluyeran algunos supuestos de hecho en el CP, cuando su estructura no se refiriera a cuestiones reguladas en otras leyes de manera muy directa, y que a la vez se incorporasen disposiciones penales en las leyes penales de protección del medio ambiente; sin embargo, podemos considerar que con tal solución se perpetuaría la dispersión normativa, constituyendo un *tertium genus* poco funcional, con continuas remisiones y búsquedas del intérprete a la hora de delimitar las fronteras entre los ordenamientos sancionadores penal y administrativo. En los delitos contra el medio ambiente se incorporaban las radiaciones o vibraciones que puedan perjudicar gravemente la salud de las personas o las condiciones de vida, y la novedad de

²⁰ Artículo 347 bis CP: “*será castigado [...] el que contraviniendo las Leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase, en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas, que pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles [...]*”.

²¹ DE VEGA RUIZ (1991), pp. 21-29.

²² QUERALT JIMÉNEZ (1994), pp. 66-68.

²³ GARCÍA VALDÉS (1992), pp. 60-63.

²⁴ BACIGALUPO ZAPATER (1980-1981), p. 196.

inhabilitar a los funcionarios públicos y facultativos que hubiesen concedido licencia o silenciado la infracción reglamentaria dolosamente; también se regulaba la posibilidad de atenuar la pena cuando el culpable procediera voluntariamente a reparar el daño causado. En último término, como novedad, se refería la importante despenalización operada en este ámbito, con una disposición derogatoria relativa la Ley de Caza en que se prescribía que “*los delitos y faltas previstos en dicha ley, no contenidos en este Código, tendrán la consideración de infracciones administrativas muy graves*”.

En cuanto al Anteproyecto de Código Penal de junio de 1994, coincidía QUERALT²⁵ en resaltar los mismos tres aspectos positivos en materia de protección medioambiental: la introducción del castigo de los facultativos y funcionarios públicos si estaban en connivencia con el solicitante, la fijación de un tipo atenuado en el caso del “*antiecologista arrepentido*”, cuando el autor hubiera llevado a cabo una reparación seria, real y efectiva del daño causado, y la incorporación al CP de las disposiciones penales recogidas en las Leyes de Caza y de Seguridad Nuclear.

2.2.2. El delito contra el medio ambiente en el CP de 1995

La criminalidad contra el medio ambiente se puede incluir en la categoría del “Derecho Penal moderno”. ABEL SOUTO²⁶ sintetiza los rasgos esenciales de dicha evolución en los siguientes aspectos: se distinguen difícilmente las categorías de autoría y participación, se pone en entredicho el principio de proporcionalidad al castigarse comportamientos imprudentes en relación con bienes jurídicos colectivos, se produce una expansión del Derecho Penal por la globalización y la integración supranacionales, se exacerba la prevención, surgen nuevos bienes jurídicos, se amplían los riesgos relevantes, se flexibilizan las reglas de imputación y se relativizan los principios político-criminales de garantía –a lo que podemos añadir, desde el año 2010, la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el abandono del principio *societas delinquere non potest*-. Por ello aboga dicho autor por un “Derecho de intervención”, que se ubique entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, con menos garantías y formalidades procesales que el Derecho Penal, pero con sanciones no tan intensas.

Efectuada dicha introducción, procede atender a la regulación del delito contra el medio ambiente recogida en los artículos 325-331 del CP, en el Capítulo III, *De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, del Título XVI, *De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente*. Además, el Capítulo IV del referido título abarca la protección *De los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos*, y el Título XVII, que lleva por rúbrica *De los delitos contra la seguridad colectiva*, también contiene preceptos que tutelan la materia ecológica, bien de forma directa o indirecta, en sus Capítulos I (*De los delitos de riesgo catastrófico*) y II (*De los*

²⁵ QUERALT JIMÉNEZ (1994), p. 68.

²⁶ ABEL SOUTO (2002), pp. 52 y 53.

incendios), siendo muy significativa la protección del medio ambiente en este último Capítulo, como se refleja en la posibilidad de adoptar medidas excepcionales²⁷ cuando se cometan.

El tipo básico se establece en el artículo 325 CP²⁸. El bien jurídico protegido es el medio ambiente²⁹, entendido como el mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como de la fauna y de la flora, y de las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies. La doctrina discrepa sobre el entendimiento de dicho bien jurídico, a propósito de su naturaleza autónoma³⁰ o dependiente. Un autorizado grupo de autores defiende una postura antropocéntrica de dicho bien jurídico, entendiendo que el objeto de protección sería el “medio ambiente propicio para la vida”, partiendo de la lectura del artículo 45 CE, en conexión con la anterior redacción del artículo 347 bis CP, mientras que otro sector estima que el medio ambiente es objeto directo de tutela, sin necesidad de remisión o reenvío a otros bienes principales. Podemos efectuar una breve referencia a la polémica doctrinal suscitada al respecto³¹: la tesis ecocéntrica considera que la protección del medio ambiente no depende de la tutela otorgada a la vida y seguridad de las personas, por lo que se predica su autonomía, su contenido y entidad propios, sin perjuicio de que existan tipos agravados en consideración a la vida y a la salud del hombre, puesto que podemos entender que ello conllevaría un plus de antijuridicidad, que en nada empece la autonomía predicada. Por su parte, entre los partidarios de posturas antropocéntricas, podemos mencionar a SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ³² o a HEFENDEHL³³. En este trabajo me adscribo a una postura ecocéntrica –sin perder de vista los aspectos antropocéntricos

²⁷ El artículo 355 CP establece que: “[...] los Jueces o Tribunales podrán acordar que **la calificación del suelo en las zonas afectadas por un incendio forestal no pueda modificarse en un plazo de hasta treinta años. Igualmente podrán acordar que se limiten o supriman los usos que se vinieran llevando a cabo en las zonas afectadas por el incendio, así como la intervención administrativa de la madera quemada procedente del incendio**”.

²⁸ Artículo 325 CP: “1. Será castigado [...] el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que, por sí mismos o conjuntamente con otros, cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas [...]”.

²⁹ MUÑOZ CONDE (2010), pp. 591-595.

³⁰ TERRADILLOS BASOCO (2005), pp. 131-135.

³¹ OCHOA FIGUEROA (2014), pp. 282-285.

³² SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ (2012), pp. 26 y 27, “*las condiciones físicas cuya alteración puede adquirir relevancia penal son aquellas que sirven al desarrollo de la persona, no las que sirven al desarrollo de otros seres vivos. Por tanto, para que pueda afectar al medio ambiente será necesario poder afirmar que aquella misma afectación, aunque no sea de manera directa, incide o puede incidir en el desarrollo (presente o futuro) de las personas*”, no obstante, a posteriori, tales autores sostienen que la postura antropocéntrica no impide considerar que el medio ambiente sea un bien jurídico autónomo.

³³ HEFENDEHL (2008), p. 171, “*una concepción ecocéntrica del bien jurídico no se podría compatibilizar con la tarea del Derecho Penal, que debe hacerse cargo de la conducta dañosa para la sociedad y, con ello, para los miembros de ella*”.

subrayados en los tipos agravados-, por lo que parto de la autonomía de dicho bien jurídico y de la posibilidad de su lesión o puesta en peligro pese a que no se afecte a bienes y derechos personales puesto que, como ha subrayado ROXIN³⁴, *“la afectación a un bien jurídico no presupone necesariamente la lesión de derechos subjetivos, como muestran, por ejemplo, los delitos contra el medio ambiente”*.

Derivada de la anterior polémica doctrinal aparece otra: si se trata de un bien jurídico supraindividual o colectivo. Señala DE LA MATA³⁵ que la terminología jurídica alude indistintamente a bienes supraindividuales, universales, colectivos, institucionales, macrosociales, de interés plural, generales, difusos, sociales, multipersonales, estatales, plurisubjetivos, y que todos ellos presentan como rasgo común que se refieren a intereses que no pueden vincularse con carácter exclusivo a un sujeto individual con facultad de disposición sobre ellos. En opinión de CEREZO MIR³⁶, en el art. 325 CP se recoge una postura ecocéntrica y debe diferenciarse entre bienes jurídicos colectivos y supraindividuales; los colectivos son un mero instrumento para la protección de los bienes individuales y supraindividuales, y no se les puede dotar de carácter autónomo, por lo que no podrían ser objeto de protección penal sin referencia a los bienes jurídicos individuales. Por ello, considera el medio ambiente como un bien supraindividual.

En cuanto a las restantes características del tipo básico, efectuando un simple esbozo, podemos concretarlas en que constituye una norma penal en blanco –con remisión a *“las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente”*–, en el que la acción consiste en provocar o realizar, directa o indirectamente, emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones, excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos y captaciones de aguas. Combina un tipo de resultado con un tipo de peligro –*que cause o pueda causar*–, y en cuanto a la entidad de dicho peligro, la doctrina mayoritaria³⁷ lo califica como un delito de “peligro hipotético”, a medio camino entre los delitos de peligro abstracto y los de peligro concreto, en los que, si bien no es necesario demostrar una situación de peligrosidad concreta, la conducta debe presentar, al menos, una actitud lesiva que sirva para cualificarla frente a las meras infracciones de naturaleza administrativa. Además, a propósito de la consideración del delito continuado, la jurisprudencia³⁸ y la doctrina mayoritarias³⁹ estiman que no es

³⁴ ROXIN (2013), p. 20.

³⁵ DE LA MATA BARRANCO (2005), p. 14 y 15.

³⁶ CEREZO MIR (2002), pp. 56-58.

³⁷ MUÑOZ CONDE (2010), p. 593; MENDO ESTRELLA, A., (2008), pp. 247 y 248, apunta que los delitos de peligro hipotético también se denominan “de peligro abstracto-concreto, de aptitud o de peligro potencial”.

³⁸ Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo (STS) de 13 de febrero de 2008 *“[...] los vertidos, emisiones, etc. que constituyen el núcleo del comportamiento típico, no pueden, así, ser considerados aisladamente, sino en referencia al resultado de peligro, lo que hace, aun cuando se dan los requisitos de homogeneidad que exige el art. 74 CP, prácticamente inviable la apreciación del delito continuado [...]”*, resolución que menciona la doctrina recogida en la STS de 12 de diciembre de 2000, reiterada en las posteriores SSTs de 29 de septiembre de 2001, de 11 de febrero de 2003, o de 2 de junio de 2003, en las que se afirmaba que: *“nos hallamos, no ante un delito continuado, como erróneamente lo califica la sentencia de instancia, sino ante lo que un sector de la doctrina llama tipos que incluyen conceptos*

posible aplicar el delito continuado, en atención a la estructura del tipo y al carácter normativo y global de algunas de las conductas típicas consagradas en el precepto. Nos encontraríamos así ante los denominados “delitos de acumulación”, y ello tiene consecuencias en el cómputo de la prescripción, por cuanto solo se inicia desde que cesa la actividad antijurídica o se perpetra el último hecho de la cadena punible. No obstante, entiendo que si los vertidos se prolongan en un espacio temporal prolongado –varios años, por ejemplo-, no habría obstáculo legal en considerar que ha existido un delito continuado, pese a la categoría de los “conceptos normativos globales”, ya que estimar que solo se ha producido un delito sería contrario al principio de proporcionalidad con otros supuestos menos duraderos.

Por lo que hace a los restantes tipos del Capítulo mencionado, de forma telegráfica podemos exponer que se recogen las siguientes conductas típicas⁴⁰: el artículo 326.1 CP castiga a los que recojan, *transporten, valoricen, transformen, eliminen o aprovechen residuos, o no controlen o vigilen adecuadamente tales actividades*; el artículo 326.2 sanciona “*a quien fuera del supuesto a que se refiere el apartado anterior, traslade una cantidad no desdeñable de residuos, tanto en el caso de uno como en el de varios traslados que aparezcan vinculados, en alguno de los supuestos a que se refiere el Derecho de la Unión Europea relativo a los traslados de residuos*”. Podemos efectuar una breve pausa en este punto y analizar la técnica legislativa empleada en el texto punitivo en dicho tipo. Aparece configurado de modo subsidiario y mediante una norma penal en blanco, que remite “al Derecho de la UE” y constituye⁴¹ un delito de mera actividad, de peligro abstracto, caracterizado por la simple contravención de la regulación administrativa, con lo que existe una plena identificación entre ilegalidad penal e ilegalidad administrativa, lo que conlleva la infracción del principio de intervención mínima.

globales, en los que se describe la correspondiente infracción por medio de unos términos que abarcan en su seno una pluralidad que se integra en un solo delito”. En igual sentido la STS de 2 de noviembre de 2004, que aclara que aunque un solo vertido puede dar lugar al delito ecológico “*lo normal es que sea una pluralidad de vertidos lo que determina la subsunción, por ello es patente que esa pluralidad de acciones emisoras las que, en su conjunto, dan lugar a la contaminación grave que requiere el tipo penal.... al tratarse el término “vertido” de un concepto normativo global que incluye en su comprensión la pluralidad de acciones emisoras, supuesto siempre que se trata de la misma actividad industrial*”.

³⁹ RAFOLS PÉREZ (2004), pp. 226 y 227; DEL MORAL GARCÍA (2004), p. 112, puntualiza que es posible apreciar continuidad si se trata de varias empresas regentadas por el mismo titular o gestionadas por las mismas personas; apunta además otro problema temporal: cuándo acaba una infracción y comienza un segundo delito, a lo que responde que “*desde el momento en que se tiene conocimiento oficial de la investigación judicial penal sobre la actividad, podrá romperse la unidad de acción y empezar a hablarse en su caso de un nuevo delito*”.

⁴⁰ Simplemente se enuncian las conductas típicas, sin hacer mención a la remisión a las leyes u otras disposiciones sancionadores, ni a los restantes requisitos de peligro sintetizados en los artículos 326.1 y 326 bis en la fórmula: “*de modo que causen o puedan causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas, muerte o lesiones graves a personas, o puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales*”, por lo que se recomienda al lector que acuda al CP para una lectura íntegra de los preceptos mencionados.

⁴¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI (2015), p. 97.

Sin embargo, en cuanto al núcleo de dicho tipo llama la atención un aspecto esencial: ¿qué es una cantidad no desdeñable? Con tal expresión se vulnera de modo flagrante el dogma legalista en cuanto al principio de taxatividad de los tipos, ya que no se conoce con la debida precisión cuál es la conducta, cuándo constituye infracción penal, cuándo es una infracción administrativa o qué se considera una cantidad no desdeñable. Además, pone de relieve la desidia y dejadez del legislador, que se ha limitado a copiar el texto del apartado c) del artículo 3 de la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal⁴², sin efectuar una lectura crítica de la traducción ni de sus perniciosas consecuencias. Se trata de una oda a la imprecisión, que sobrepasa con mucho el ámbito de los conceptos valorativos o de los conceptos jurídicos indeterminados, que no se puede equiparar a conceptos más fácilmente aprehensibles, como “notoria importancia”, “extrema gravedad” u otros similares, y que conlleva un subjetivismo judicial exacerbado, que arroja en manos del juzgador y de sus meras impresiones personales cuándo estamos ante algo “desdeñable”, adjetivo etéreo, difuso, inconcreto, vago, genérico, confuso y que, para más inri, se ve precedido por el adverbio⁴³ “no”, lo que provoca aún mayor dificultad en su fijación. Se trata de un recurso lingüístico innecesario, vacío, desafortunado y cuyo mantenimiento provoca inseguridad jurídica. Por ello, antes de que se prosiga en la senda de la hipertrofia normativa y de que se dicte una Ley básica de cantidades no desdeñables, con sus 17 desarrollos autonómicos que perfilen de una forma distinta tal novedosa magnitud, considero que éste es el lugar adecuado para solicitar del legislador la reformulación de la conducta contenida en el mencionado precepto y que, en consecuencia, se establezca una mayor precisión y claridad en su determinación.

Por su parte, el artículo 326 bis CP castiga a los que *lleven a cabo la explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa o en las que se almacenen o utilicen sustancias o preparados peligrosos*. El artículo 327 CP impone la pena superior en grado de los tres artículos anteriores cuando la industria o actividad funcione clandestinamente, si ha desobedecido órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de actividades, si ha falseado u ocultado información sobre aspectos ambientales, si ha obstaculizado la labor inspectora de la Administración, si ha producido un riesgo de deterioro catastrófico o irreversible, o si ha llevado a cabo una extracción ilegal de agua en período de restricciones. Por otra banda, el artículo 328 CP recoge las penas imponibles a las personas jurídicas que cometiesen tales delitos. El artículo 329 CP recoge varios tipos especiales referidos a autoridades o funcionarios públicos, que serán castigados si, *a sabiendas*, hubieren *informado favorablemente la*

⁴² En dicho precepto, la Directiva efectúa la siguiente remisión: “[...] el traslado de residuos, cuando dicha actividad esté incluida en el ámbito de aplicación del artículo 2, apartado 35, del Reglamento (CE) no 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativo a los traslados de residuos (1) y se realice en cantidad no desdeñable [...]”, pero en el Reglamento de referencia no se contiene ninguna definición de “cantidad no desdeñable”.

⁴³ Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “denota la inexistencia, o lo contrario, de lo designado por la voz a la que precede o la ausencia de lo expresado por ella”.

concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, en segundo lugar, cuando con motivo de sus inspecciones hubiere silenciado la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen, o que hubiere omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio. En el apartado 2 de dicho artículo 329 CP se sanciona a con las mismas a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia. Constituyen todos estos supuestos una especie dentro del género de las prevaricaciones administrativas, y se ubican sistemáticamente en este Capítulo por razón de la materia sobre la que recae la conducta indebida del funcionario público o autoridad, por lo que se pueden reconducir a la denominación unitaria de “prevaricación medioambiental”. El artículo 330 CP fundamenta su punición en el lugar en que recae la conducta delictiva, un espacio natural protegido, y castiga al que *dañare gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo*. El último precepto del Capítulo III⁴⁴, el artículo 331 CP castiga los hechos tipificados en dicho capítulo con la pena inferior en grado cuando hubieran sido cometidos por imprudencia grave.

2.2.3. El Derecho Penal Medioambiental Europeo

La UE⁴⁵, como proyecto de integración territorial, tuvo en su origen una finalidad económica y mercantil: pretendía la creación de un mercado común, que posteriormente avanzó a una unión monetaria. Con el devenir de la práctica comunitaria se puso de manifiesto la utilidad de sus fórmulas y mecanismos de actuación en otros ámbitos, abarcando mayores competencias y objetivos. Sin embargo, en lo que concierne a la política penal, existe acuerdo en la doctrina⁴⁶ en que la UE carece de competencias penales, no pudiendo crear normas penales ni imponer tales sanciones, siendo éste un ámbito reservado a la soberanía estatal. No obstante, pese a que no exista una atribución

⁴⁴ Debemos traer a colación en esta nota las Disposiciones Comunes del Capítulo V, que son de aplicación a todo el Título. Así, el artículo 338 CP establece un tipo agravado, ya que *“cuando las conductas definidas en este Título afecten a algún espacio natural protegido, se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas”*. El artículo 339 CP se centra en las medidas de reparación del daño, recogiendo que *“los jueces o tribunales ordenarán la adopción, a cargo del autor del hecho, de las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como de cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título”*. Por último, se consagra en el artículo 340 CP un tipo atenuado que toma como fundamento la conducta posterior del autor del delito *“Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Título hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los Jueces y Tribunales le impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas”*; este tipo privilegiado participa de la misma naturaleza que la atenuante de reparación del daño, por lo que su fundamento se basa en razones de política criminal y la reparación –o el intento reparador– debe ser seria, real, efectiva y en la medida de las posibilidades del sujeto infractor. Este precepto ofrece una rebaja sustancial, por cuanto si solo concurriera una circunstancia atenuante –la atenuante genérica de reparación en delitos de otra naturaleza, según el artículo 66.1.1ª CP, los jueces o tribunales *“[...] aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito”*, mientras que en este supuesto se rebaja en un grado la pena.

⁴⁵ GONZALEZ URIEL (2017), pp. 168 y 169.

⁴⁶ BLANCO CORDERO (2004), pp. 2 y 3.

competencial directa, ha surgido en los últimos años una tendencia al acercamiento entre los ordenamientos punitivos de los Estados miembros. Como sostuvo TIEDEMANN⁴⁷ hace dos décadas, no parece esperable a corto plazo la promulgación de un Código Penal Europeo, teniendo en cuenta la multiplicidad de valores culturales europeos y el carácter político del Derecho Penal –con una fuerte vinculación a la tradición–, pero sí se aprecian elementos tendentes a la aproximación y a la equiparación. En dicha línea, GRASSO⁴⁸ exponía que los órganos de la UE debían tener el poder de intervenir para efectuar una armonización de las disposiciones sancionatorias nacionales o para imponer la introducción de supuestos de hecho uniformes, en donde resultase necesario para la consecución de sus objetivos.

Precisamente, la materia medioambiental europea ha sido uno de los máximos exponentes de la armonización de los ordenamientos penales, como puso de manifiesto la Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal, cuya anulación fue pretendida ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En dicho proceso se dictó la Sentencia (STJUE) de 13 de septiembre de 2005, *Comisión c. Consejo*, asunto C-176/03⁴⁹, que reconoció que, pese a que la UE carezca de atribuciones penales, el legislador europeo puede adoptar medidas relacionadas con el Derecho Penal de los Estados miembros para proteger el medio ambiente, con lo que existe una cierta “competencia implícita” o por conexión, en aquellos supuestos en que se persiga la consecución de las metas y objetivos que se encuentren explicitados entre las materias propias de la UE. Ello ha cristalizado en el artículo 83, apartados 1 y 2 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE)⁵⁰. Así, en materia penal, destaca la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, que toma como punto de partida que “*la experiencia ha demostrado que los sistemas de sanciones existentes no son suficientes para lograr el total cumplimiento de la legislación para la protección del medio ambiente*”, y recoge que es necesario aplicar sanciones más disuasorias a las actividades perjudiciales para el medio ambiente. Por ello consagra en

⁴⁷ TIEDEMANN (1996), pp. 386-392.

⁴⁸ GRASSO (1998), pp. 188-191.

⁴⁹ STJUE de 13 de septiembre de 2005, párrafos 47 y 48 (negrita y cursiva mías): “47 [...] *Es cierto que los artículos 2 a 7 de dicha Decisión comportan una armonización parcial de la legislación penal de los Estados miembros, especialmente por lo que se refiere a los elementos constitutivos de diferentes infracciones penales contra el medio ambiente. Ahora bien, en principio, la Comunidad no es competente en materia de Derecho penal ni en materia de Derecho procesal penal [...]. 48 Sin embargo, esta constatación no es óbice para que el legislador comunitario adopte medidas relacionadas con el Derecho penal de los Estados miembros y que estime necesarias para garantizar la plena efectividad de las normas que dicte en materia de protección medioambiental, cuando la aplicación por las autoridades nacionales competentes de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias constituye una medida indispensable para combatir los graves atentados contra el medio ambiente*”.

⁵⁰ ALARCÓN SOTOMAYOR (2014), pp. 151 y 152. Se permiten Directivas que impongan a los Estados miembros la obligación de tipificar como delitos el incumplimiento de determinadas normas europeas en materias de competencia comunitaria, siempre que sea indispensable para asegurar su eficacia y proteger los intereses de la UE con una mínima homogeneidad.

su artículo 3 una serie de conducta que deberán ser tipificadas como delitos por los Estados miembros, los cuales⁵¹ “[...] se asegurarán de que las siguientes conductas sean constitutivas de delito, cuando sean ilícitas y se cometan dolosamente o, al menos, por imprudencia grave [...]”. En el artículo 5 incide en la naturaleza de las sanciones que se deben imponer en tales casos, que deben ser “sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias”. Los artículos 6 y 7 aluden específicamente a la posibilidad de sanción penal de las personas jurídicas en tales supuestos. La UE confiere al medio ambiente, por lo tanto, una protección de carácter integral – administrativa, civil y penal-. El hecho de armonizar los ordenamientos penales de los Estados miembros refleja una sensibilidad especial para con dicha problemática, la voluntad de buscar respuestas uniformes y la gravedad de la cuestión, con lo que se pone de relieve el carácter transnacional de esta delincuencia, la insuficiencia de los esfuerzos aislados por parte de las legislaciones nacionales y la necesidad de respuestas conjuntas.

2.2.4. El Derecho Penal Medioambiental Internacional

En línea con el carácter transfronterizo y las repercusiones sociales, económicas, políticas, jurídicas y medioambientales de esta tipología delictiva, algún autor⁵² ha defendido la necesidad de creación de un Derecho Penal Internacional del medio ambiente, con el establecimiento incluso de un tribunal supranacional que castigara estos delitos y se ocupara de cuestiones medioambientales, partiendo de dos premisas: la concienciación de que la protección del medio ambiente es una tarea global y la asimetría existente entre la capacidad de los sistemas judiciales y la capacidad de las grandes multinacionales –cuando son ellas quienes cometen los actos ilícitos- para sustraerse de todo tipo de control eficaz. Con dicho punto de partida, apunta la necesidad de tipificar cinco delitos internacionales⁵³: i) ecocidio, ii) geocidio, iii) patrimonicidio, iv) delitos de tráfico ilícitos relacionados con el medio ambiente y v) delito ecológico transfronterizo grave; en dicho sistema, los tres primeros debería ser sometidos al principio de Justicia Universal y sobre ellos debería de tener competencias la Corte Penal Internacional (CPI) o un tribunal penal internacional medioambiental; los

⁵¹ Vid. artículo 3 en que se contienen las conductas que deben ser tipificadas como delitos. DE MIGUEL PERALES (2011), p. 88, analiza la transposición de la Directiva y señala que “se puede apreciar [...] una ausencia de criterio del legislador español, que se limita a (casi) copiar la Directiva, sin pretensión de armonizar, aprovechar o mejorar lo ya existente en nuestra normativa nacional”.

⁵² NIETO MARTÍN (2012), pp. 138, 152 y 153.

⁵³ Síntesis de los tipos expuestos por NIETO MARTÍN: En el “*ecocidio*” el daño al medio ambiente es el instrumento para exterminar a una raza o etnia o, para privar a una comunidad indígena de su identidad étnica, cultural o provocar su desplazamiento forzoso. El “*geocidio*” abarca daños al medio ambiente extendidos y duraderos, realizados con dolo o negligencia, realizados sin justificación económica o social alguna, y que conllevan un repercusión internacional. El “*patrimonicidio*” lo conecta a la expoliación de los recursos naturales derivados de actos de abuso de poder, bien por dirigentes de un país o de empresas multinacionales. Los “*delitos de tráfico ilícitos relacionados con el medio ambiente*” tendrían por objeto los residuos, especies protegidas y sustancias peligrosas. El “*delito ecológico transfronterizo grave*” versaría sobre los casos en los que el daño al medio ambiente afecta gravemente a la salud o la vida de una pluralidad de personas en otro país.

dos últimos, podrían ser juzgados por los propios Estados en virtud del Derecho interno armonizado. Esta propuesta resulta original, pero tiene el inconveniente de la falta de un consenso internacional a propósito de la tipificación de tales conductas y, fundamentalmente, el defecto de postergar gran parte de la protección a un tribunal *ad hoc*, especial, sin tal atribución competencial en el caso de la CPI, o aún no creado –si se opta por la creación de un órgano nuevo–, con la posible vulneración del principio del juez ordinario predeterminado por la ley. Además, parte de una desconfianza innecesaria en los sistemas judiciales internos. La justicia universal no puede ser considerada la panacea, antes al contrario, son los ordenamientos jurídicos internos y, fundamentalmente, los órganos judiciales nacionales quienes deben salvaguardar los bienes jurídicos dignos de tutela.

2.3. *La protección civil del medio ambiente*

En último lugar debemos destacar que, pese a que hasta ahora se han expuesto las vías de tutela del medio ambiente de naturaleza pública, el Derecho Privado también contiene disposiciones que pretenden la defensa del entorno, si bien, se basan en el individuo y en sus relaciones de vecindad, focalizando la problemática ecológica desde una vertiente o perspectiva privada o doméstica. Por tanto, pese a que se trata de una protección complementaria de la recogida en los instrumentos de Derecho Público, no podemos infravalorar su virtualidad, por lo que apuntaremos algunos de los cauces que se pueden emplear en el orden jurisdiccional civil, siguiendo a CONDE-PUMPIDO TOURÓN⁵⁴: i) *la acción negatoria*, que tiene una eficacia preventiva, y pretendería la cesación de la actividad perturbadora y la abstención de realización de la misma en el futuro. ii) *La responsabilidad civil extracontractual*, del artículo 1902 del Código Civil (CC), es la vía ordinaria, y se empleará cuando la contaminación ya ha producido sus efectos⁵⁵. iii) *La responsabilidad contractual*: pueden establecerse limitaciones en la ley⁵⁶ o en las estipulaciones contractuales. iv) *Las acciones derivadas del condominio*: en el mismo sentido que en la LAU, la Ley de Propiedad Horizontal (LPH) impide en su artículo 7.2 que se desarrollen en el piso, en el local o en el resto del inmueble, “*actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas*”. v) *Las acciones posesorias*⁵⁷: pueden ser empleadas para recuperar o retener la posesión, pretender la suspensión de una obra nueva, o para que

⁵⁴ CONDE-PUMPIDO TOURÓN (1989), pp. 31-35.

⁵⁵ La Jurisprudencia de la Sala 1ª del TS se basa en 4 pilares: 1.- inversión de la carga de la prueba, con presunción de culpa del causante del daño, 2.- el principio de que cuando en una actividad arriesgada se produce un daño previsible y evitable, la adopción de las medidas de seguridad reglamentarias o usuales es insuficiente para exonerar de responsabilidad, 3.- el empleo del principio “pro perjudicado” en la apreciación de la prueba y 4.- la elevación del nivel de diligencia exigible o “agotamiento de la diligencia”

⁵⁶ *V. gr.*, el artículo 27.2.e) de la Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos (LAU), de 24 de noviembre, que proscribía actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas en el inmueble arrendado, lo que puede tener efectos medioambientales positivos para los restantes usuarios del inmueble.

⁵⁷ Artículo 250.1. 4º, 5º y 6º de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (LEC).

se resuelva, con carácter sumario, la demolición o derribo de obra, edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo en estado de ruina y que amenace causar daños a quien demande; todos estos supuestos deben ser puestos en conexión con el artículo 590 CC⁵⁸.

3. ALGUNOS ELEMENTOS CONFLICTIVOS EN LA JUDICIALIZACIÓN DE ESTOS DELITOS

3.1. Normas penales en blanco

Como hemos apuntado, los delitos contra el medio ambiente se articulan mediante el expediente de las normas penales en blanco o necesitadas de complemento⁵⁹. El término “norma penal en blanco” fue ideado por BINDING y se caracteriza porque se trata de una ley que contiene únicamente la sanción correspondiente a un precepto no especificado en la misma, y que remite, expresa o tácitamente, la determinación concreta de ese precepto a una autoridad distinta y de rango inferior; es decir, la norma penal contiene la consecuencia jurídica, pero no precisa de forma completa el supuesto de hecho. Podemos seguir la clasificación doctrinal⁶⁰ y diferenciar entre normas penales en blanco propias e impropias. Las propias son aquéllas que remiten a una instancia o autoridad legislativa inferior, como ocurre con las alusiones que se efectúan a los reglamentos y conllevan como riesgo que suponen una quiebra del principio de reserva de ley que permite definir delitos a la Administración. Las impropias son aquéllas que remiten a cuerpos distintos del texto punitivo, bien sea a otras leyes de la misma instancia o a convenios internacionales.

Esta técnica legislativa es útil en sectores como el medioambiental, que se caracteriza por la heterogeneidad y el dinamismo, por lo que el ordenamiento punitivo se ve obligado a acoger tipos tendencialmente abiertos que posibiliten la adaptación de la norma a los cambios sociales y técnicos sin tener que realizar continuas modificaciones en el CP⁶¹, con lo que se evita la petrificación y el anquilosamiento normativos⁶², puesto que existen otras ramas del ordenamiento en que la actividad normativa es incesante, debido al “*carácter extraordinariamente cambiante de la materia objeto de regulación*”; por ello, en este ámbito se acepta el carácter accesorio del Derecho Penal con relación al ordenamiento administrativo, desempeñando un papel⁶³ “*auxiliar o secundario*”, pero el legislador penal⁶⁴ “*debe configurar claramente lo que conocemos*

⁵⁸ Vid. artículo 590 CC, que recoge las prohibiciones de construir cerca de una pared ajena o medianera.

⁵⁹ MESTRE DELGADO (1988), p. 507; RUIZ-JARABO COLOMER (1983), pp. 56-59.

⁶⁰ ABEL SOUTO (2005), pp. 16-19.

⁶¹ TERRADILLOS BASOCO (1996), pp. 307-316.

⁶² ABEL SOUTO (2005), p. 20 y 21.

⁶³ RUIZ-JARABO COLOMER (1983), p. 58; GONZÁLEZ GUITIÁN (1989-1990), p. 117, “el Derecho Penal *flanquea y complementa* la normativa administrativa protectora del ambiente”; FRISCH (2015), p. 13, “*complementario y accesorio*”, ya que “*Se puede penar lo que no está permitido prepenalmente; le está vedada la punición de lo que conforme al orden normativo pre-penal y de aplicación primaria (especialmente el Derecho público) está (ha sido) permitido*”.

⁶⁴ GARCÍA ARÁN (1992-1993), p. 85.

como desvalor de acto y desvalor de resultado". No obstante, se plantean una serie de problemas al acudir a las normas penales en blanco, que la doctrina⁶⁵ concreta en los siguientes: se puede infringir el principio de legalidad, por cuanto la Administración puede decidir, mediante normas con rango inferior a la ley, cuándo una determinada conducta se convierte en punible; también se ha apuntado que se vulnera el principio de división de poderes cuando la norma complementadora provenga de una instancia que carezca de competencias penales y que, en relación al principio de igualdad, a través de dicha técnica se puede atribuir por vía indirecta competencias penales a las Comunidades Autónomas, lo que carecería de cobertura constitucional y vulneraría el artículo 149.1.6ª CE, que consagra la competencia estatal exclusiva en materia de legislación penal.

Sin embargo, podemos considerar removidos tales obstáculos y estimar que no se vulnera el principio de legalidad cuando los elementos esenciales del tipo se contengan en el precepto del texto punitivo, que la división de poderes no se ve afectada, por cuanto la propia Constitución prevé la competencia normativa de las CCAA en materias susceptibles de normas penales en blanco –significadamente, en materia de medio ambiente-, y un entendimiento diverso podría atentar contra la configuración territorial del Estado y contra las competencias legislativas y de desarrollo asumidas en los Estatutos de Autonomía. Por lo que hace al último elemento destacado, la quiebra del principio de igualdad, podemos convenir con SILVA SÁNCHEZ⁶⁶ en que, como subraya la STC 120/1998, *"el núcleo del delito ha de estar contenido en la ley penal remitente"*, por lo que la función de la norma autonómica se reduce a constituir *"un elemento inesencial de la figura delictiva"*; por otro lado, las normas autonómicas no pueden introducir divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido; así, el principio de igualdad de trato no veta la desigualdad en sí, sino la arbitrariedad. Por tanto, no vulneran dicho principio de igualdad *"siempre que constituyan figuras subsidiarias, necesarias por razones de protección, carentes de alternativas preferibles, y limitadas a una remisión de aspectos no esenciales del tipo"*.

Por todo lo expuesto debemos admitir la virtualidad del empleo de las normas penales en blanco, pese a los inconvenientes que dicha técnica comporta, siempre y cuando no

⁶⁵ DE LA MATA BARRANCO (2005), pp. 31-35; MESTRE DELGADO (1983), pp. 523 y 524, se muestra especialmente crítico con su uso en el delito medioambiental, entendiéndolo que no se pretende reprimir la lesión o puesta en peligro del medio ambiente, sino que se busca el cumplimiento del ordenamiento administrativo, en cuyo ámbito objetivo se encuentran tales bienes jurídicos; considera que la inclusión en el tipo de la infracción de normas extrapenales *"distorsiona gravemente la eficacia de la protección penal"*. Debemos efectuar dos matizaciones: los tipos penales medioambientales no tutelan el cumplimiento de la norma administrativa, postulado que sería propio de las doctrinas funcionalistas sostenidas por JAKOBS y sus seguidores, sino que se protege el bien jurídico "medio ambiente"; en segundo lugar, podemos destacar que el hecho de que exista una dualidad sancionadora, administrativa y penal, no debe conllevar disfunciones en el sistema: dicho bien jurídico tiene la entidad suficiente para ser protegido por ambos ordenamientos, por lo que, a la hora de interpretar y aplicar los tipos penales debe prestarse especial atención al principio de intervención mínima, al carácter fragmentario, subsidiario y de *ultima ratio* del ordenamiento penal.

⁶⁶ SILVA SÁNCHEZ (1998), pp. 492-496.

constituyan un mero trámite que vacíe por completo de contenido los tipos y constituya una habilitación omnímoda a la Administración, en cuyo caso nos hallaríamos ante una práctica fraudulenta e inconstitucional. Otro elemento perturbador relacionado con la normativa penal en blanco es la pluralidad de fuentes de distinto orden que el juzgador debe manejar. No basta con acudir al texto punitivo, sino que debe atender a una pluralidad de leyes y normas de rango inferior a la ley, con lo que la dispersión normativa provoca inseguridad jurídica en la determinación y fijación inicial de la conducta típica, por lo que puede llegar a dificultar las labores de investigación y determinación de los hechos. Por ello sería conveniente la reducción de las fuentes, la refundición de textos normativos administrativos cuando fuere posible y, en última instancia, la elaboración de códigos administrativos medioambientales que concentren la materia; no obstante, las formas codificadas tienden a la permanencia, por lo que esta última fórmula sería, *a priori*, la menos aconsejable si pretendemos un cuerpo normativo dinámico, avanzado, eficaz y que responda con celeridad a las nuevas necesidades que surjan.

3.2. Dificultades en la obtención de medios de prueba

Los delitos que analizamos suelen presentar una instrucción compleja porque se requieren conocimientos científicos y técnicos, así como una serie de elementos tecnológicos para su detección. Por ejemplo, en el supuesto de vertidos contaminantes en un río por una empresa: ¿cómo delimitar cuándo se ha iniciado la infracción? ¿Qué sucede si existen varias empresas o entidades que se han sucedido en la actividad, cómo se deslinda la atribución de los hechos? ¿Cómo se determinan los efectos nocivos producidos? Como se puede apreciar, con esta mera enunciación de supuestos se constata lo arduo de tales investigaciones: sin los medios técnicos y materiales es imposible determinar si se dan los elementos del tipo o no. Con ello se evidencia que en estos delitos la prueba pericial resulta del todo punto esencial, lo que nos conecta con la obtención de los materiales, restos, vestigios o efectos del delito y su ubicación: el espacio natural tiene el carácter de volátil, cambiante, está sometido a las condiciones meteorológicas y a la acción del hombre; por ello, la recogida de los elementos necesarios para la determinación de los hechos debe efectuarse con celeridad. Dicha diligencia de recogida puede ser practicada⁶⁷ a prevención por la propia policial judicial, cuando aún no exista causa judicial, o bajo la superior dirección del Juez Instructor cuando estén incoadas diligencias penales, dado que labor especializada de búsqueda y ocupación de vestigios o pruebas materiales de la perpetración del delito en el lugar de los hechos compete al personal técnico especializado de la Policía Judicial. Sin

⁶⁷ GRANADOS PÉREZ (2004), pp. 18 y 19, trae a colación la STS 2184/2001, de 23 de noviembre, donde se señala que “*la recogida previa de las muestras o vestigios del delito constituye una diligencia policial que no tiene la naturaleza de prueba preconstituída y que, en la medida que constituye un antecedente necesario del dictamen pericial emitido en el juicio, necesita ser incorporado al mismo mediante la comparecencia y declaración de los agentes que la practicaron, sin que sean aplicables a estas actuaciones policiales las exigencias propias de la prueba preconstituída, pues no tienen dicha naturaleza, sin perjuicio de someterse a los principios de legalidad, proporcionalidad e interdicción de la indefensión*”.

embargo, ello debe cohonestarse con que en muchas ocasiones los daños dimanantes del delito no aparecen hasta transcurrido un largo lapso temporal, por lo que la necesidad de adoptar las medidas adecuadas en el menor tiempo posible se ve contrariada por la duración de las instrucciones, en ocasiones demasiado prolongadas en el tiempo.

Podemos poner otro ejemplo gráfico⁶⁸ que manifiesta las complicaciones expuestas: en el supuesto de vertidos contaminantes por una industria, ha de efectuarse una fijación fotográfica y planimétrica. Además, se deben tomar muestras para precisar la calidad del agua, del aire y del suelo; debe describirse el mecanismo general que explica el daño a los recursos hidrobiológicos generado; se deben estudiar los métodos de filtrado y si ha existido contaminación subterránea. A su vez, ha de tenerse presente si existen otras fuentes emisoras concurrentes en el vertido, puesto que, v.gr. en el caso de un río, pueden ser varias las empresas que viertan en sus aguas y solo alguna/s lo haga infringiendo las normas administrativas. Después de este análisis técnico, y a resultados del mismo, debe realizarse una evaluación sobre las posibles consecuencias para la salud animal o vegetal, el abastecimiento de la población y el impacto ambiental acaecido. Se observa que es una delincuencia con aspectos muy técnicos, en la que el juez de instrucción requiere de la máxima colaboración, mediante dictámenes periciales completos, concretos, detallados y, sobre todo, comprensibles para los profanos en la materia medioambiental, que permitan concretar cómo se han producido los hechos, cuándo, qué alcance han tenido y cuáles pueden ser sus ulteriores consecuencias.

A juicio de ROLDÁN BARBERO⁶⁹, estos delitos son “invisibles” porque no son debidamente percibidos como tales por la sociedad y su magnitud solo se constata cuando existen catástrofes medioambientales. Señala dicho autor como principales obstáculos para que existan sentencias condenatorias: las dificultades en la detección de los autores, la abundancia en las normas penales de elementos de valoración jurídica y técnico-científica, la fluida frontera entre la infracción penal y la administrativa –con prevalencia de esta última–, la mala técnica legislativa y la falta de habituación de jueces y fiscales. Además, entre las formas de investigación, añade a las “instancias de control formal (policía, fiscalía y judicatura)” algunos métodos de toma de conocimiento: los estudios muestrales, el conocimiento estadístico, la observación directa y las entrevistas con los sujetos intervinientes. Podemos convenir en su utilidad complementadora o auxiliar.

3.3. *Problemas de autoría*

Una vez que se han determinado los hechos punibles, como corolario lógico, debemos responder a la pregunta: ¿quién ha sido el/los autor/es? Cuestión de gran complejidad en los supuestos analizados, por cuanto suele tratarse de hechos cometidos en la explotación de una industria –no analizaremos, por tanto, los casos en que sea un autor individual quien contamine, porque no existiría la problemática apuntada– y resulta de

⁶⁸ Vid. “Problemas forenses relacionados con delitos ambientales: La prueba de la causalidad. Jornada de Fiscales Especializados en Delitos Ambientales 04 y 05 de Septiembre de 2014”, celebrado por Fiscales de Chile, p.11, disponible en studylib.es/doc/8077094/-dificultades-en-la-acreditaci%C3%B3n-de-conductas-t%C3%ADpicas-en- [Consultado el 12/09/2017].

⁶⁹ ROLDÁN BARBERO (2003), pp. 58, 62 y 63.

suma importancia precisar el elemento subjetivo al que atribuir tal conducta. Debemos diferenciar entre la responsabilidad penal de las personas físicas y de las personas jurídicas. Por lo que respecta a la primeras, ZUGALDÍA ESPINAR⁷⁰ señaló que, a la luz de la jurisprudencia constitucional⁷¹, se había corregido la interpretación del artículo 31 CP (anterior artículo 15 bis CP 1973), y que en el ámbito del delito ecológico no tenía cabida su aplicación, ya que no se trataba de un delito especial, por lo que no era dable atribuir a los integrantes de los órganos directivos de una entidad la responsabilidad penal por dicho cargo, *per se*, sin atender a la acción concreta desempeñada: había que clarificar quién era el responsable en la empresa del tema debatido, quién tenía deberes de control y supervisión, etc., es decir, debían individualizarse las responsabilidades. Por tanto, es necesario precisar qué sujeto, bien por acción –ordenando la acción contaminante- u omisión –incumpliendo su posición de garante-, y por dolo o imprudencia grave, ha cometido la concreta conducta subsumible en el tipo. Como ha señalado HEFENDEHL⁷², “*autor debiera ser, entonces, aquel que tenga el dominio del hecho sobre un acontecimiento que conduce al daño para el medio ambiente*”. Debemos tener en cuenta en dicha precisión que⁷³ “*la despersonalización de los individuos que comporta la personificación del ente colectivo*” complica la labor; además, determinadas actuaciones son fruto de “*decisiones diluidas personalmente*”, se tiende a una actuación mecánica de los órganos de control a la hora de aprobar planes o decisiones de los inferiores, y no suele existir constancia documental de tales acuerdos.

Con relación a las personas jurídicas, su responsabilidad penal fue establecida en el artículo 31 bis CP por la LO 5/2010, de 22 de marzo; a su vez, dicho régimen se amplió en virtud de la LO 1/2015, de 30 de marzo, que introdujo los artículos 31 ter, quater y quinquies. Con ello se puso fin al apotegma *societas delinquere non potest* en nuestro ordenamiento punitivo. En el artículo 31 bis CP se prevé la posibilidad de declarar su responsabilidad penal siempre que se den los requisitos allí expuestos⁷⁴, implantando un sistema de *numerus clausus* y, a través del artículo 328 CP, se afirma dicha responsabilidad en los delitos contra el medio ambiente; además, se recogen las causas de exención, lo que se conecta con la figura del *compliance normativo*⁷⁵. Por tanto, las

⁷⁰ ZUGALDÍA ESPINAR (1997), pp. 219-221; DEL MORAL GARCÍA (2004), p.109, en igual sentido.

⁷¹ En concreto la STC 253/1993 de 20 de julio de 1993, interpretando el artículo 15 bis del CP de 1973, exponía que “[...] no vino en modo alguno a introducir una regla de responsabilidad objetiva que hubiera de actuar indiscriminada y automáticamente, siempre que, probada la existencia de una conducta delictiva cometida al amparo de una persona jurídica, no resulte posible averiguar quiénes, de entre sus miembros, han sido los auténticos responsables de la misma, pues ello sería contrario al derecho a la presunción de inocencia y al propio precepto [...]”.

⁷² HEFENDEHL (2008), p. 181 y 182.

⁷³ DEL MORAL GARCÍA (2004), p. 101-104.

⁷⁴ *Vid.* Artículos 31 bis, ter, quater y quinquies CP.

⁷⁵ VELASCO NÚÑEZ/SAURA ALBERDI (2016), p. 35, “*el “compliance” como concepto general, se refiere al cumplimiento normativo, a la cultura de ética corporativa y al sometimiento a la ley en cualquiera de sus ámbitos por las empresas. [...], frente al “compliance penal” que únicamente incide en el análisis de los riesgos de las 26 categorías penales contempladas en la parte especial del Código Penal*”. Debe conectarse esta definición con lo previsto en el artículo 31 bis.2.1ª CP que recoge que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad penal cuando “*el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión*”.

empresas deben actuar con una diligencia reforzada, implementando medidas preventivas para evitar el delito y actuando con agilidad si el mismo se comete. Debemos abogar por un cumplimiento normativo eficaz, efectivo y que sirva como parámetro para medir el compromiso medioambiental de todos los agentes intervinientes.

En último término debemos subrayar que es posible que se declare la responsabilidad penal de la persona jurídica pese a que la persona física efectivamente responsable no haya sido identificada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella (ex artículo 31 ter CP); ello puede provocar algo⁷⁶ “pragmático”, ya que que “*si bien las posibilidades de sanción a organizaciones reducen los problemas de persecución, no se alcanzarían mejores efectos de prevención*”. Comparto la crítica formulada por el autor alemán, lo que debe servir como estímulo al instructor: no se pueden adoptar actitudes de desidia o condescendencia por el hecho de que ya exista una imputación de hechos delictivos frente a una persona jurídica, sino que deben apurarse todas las opciones posibles hasta identificar a los sujetos intervinientes y concretar sus responsabilidades. De lo contrario, la prevención general se vería menoscabada por cuanto los sujetos que contarán con la cobertura de la persona jurídica no temerían la persecución penal con la misma intensidad.

3.4. La determinación de la relación de causalidad

Como puso de relieve el considerando 13 de la Exposición de Motivos de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, “*No es posible subsanar todas las formas de daño medioambiental mediante el mecanismo de la responsabilidad. Para que ésta sea eficaz, es preciso que pueda identificarse a uno o más contaminantes, los daños deben ser concretos y cuantificables y es preciso establecer un vínculo causal entre los daños y los contaminantes identificados. Por consiguiente, la responsabilidad no es un instrumento adecuado para abordar la contaminación de carácter extendido y difuso, en la cual es imposible asociar los efectos medioambientales negativos con actos u omisiones de determinados agentes individuales*”. Como se constata, el punto de partida es la dificultad a la hora de determinar los posibles agentes dañosos. Para precisar el curso causal es preciso que tomemos en consideración dos aspectos esenciales: i) la estructura de los tipos como tipos de peligro hipotético y ii) los daños acumulados o acumulativos.

i) Por lo que respecta a la estructura del tipo, como hemos subrayado, la doctrina mayoritaria lo considera de peligro hipotético, al igual que la jurisprudencia del TS desde⁷⁷ la STS de 1 de abril de 2003, como constata, en términos gráficos, en su STS de 30 de julio de 2004, en la que señaló que “*parece seguro referenciar el criterio de la gravedad del perjuicio a la intensidad del acto contaminante y a la probabilidad de que el peligro se concrete en un resultado lesivo*”. DE LA CUESTA AGUADO⁷⁸ sintetiza

⁷⁶ HEFENDEHL (2008), p. 182.

⁷⁷ BORRILLO (2011), p. 9.

⁷⁸ DE LA CUESTA AGUADO (1999), pp. 239, 267-269.

las diferencias con la determinación del nexo causal en los delitos de peligro concreto exponiendo que, en este caso, la relación se sustituye *“por un nexo lógico basado en un juicio de pronóstico que se fundamenta tanto en criterios monológicos de las ciencias naturales y de la experiencia como en un juicio de valor de carácter normativo de forma que, de este modo, desaparecen todos los problemas derivados de la relación de causalidad para estos supuestos”*, y ofrece una serie de criterios para valorar la idoneidad de la conducta para producir un resultado, que podemos resumir en los siguientes: las propiedades de la sustancia emitida o vertida, es decir, su composición; la intensidad con que se ha realizado la acción, su duración o permanencia de la acción o sus efectos, lo que tiene su repercusión en que *“la mayor parte de la doctrina admite la validez de la ley estadística como fundamentadora de una relación de causalidad en estos casos”*. A estos criterios podemos añadir otros como el análisis de posibles sucesiones de empresas –en que puede resultar arduo, cuando no imposible, deslindar qué contaminación ha sido provocada por cada industria-, las modificaciones producidas en la flora y fauna circundantes, o las posibles enfermedades de trabajadores de tales centros o de personas que habiten o transiten por las inmediaciones de la instalación, así como un análisis de las enfermedades comunes padecidas por la población residente en dicho lugar durante la actividad industrial. Como podemos constatar, dichos elementos son periféricos o circundantes, por lo que la prueba indiciaria⁷⁹ cobra un protagonismo especial en estos ilícitos, y no solo en el tipo objetivo sino, y sobre todo, en el caso de la vertiente interna o subjetiva del tipo, por cuanto suelen cometerse mediando dolo eventual y, como ha destacado la STS 81/2008 de 13 de febrero, *“El dolo será normalmente un dolo eventual o de segundo grado, siendo improbable la apreciación del dolo directo, ya que normalmente la conducta potencialmente lesiva del medio ambiente se comete con una finalidad inocua para el derecho penal, como es el desarrollo de una actividad industrial”*.

ii) Por lo que hace a los daños acumulados, la dificultad radica en precisar cómo atribuir la responsabilidad penal cuando han concurrido varias conductas, todas ellas permitidas de forma individual, pero cuya suma o conjunto produce el resultado dañoso delictivo. ALCÁCER GUIRAO⁸⁰ expone **la teoría de los daños acumulativos** de LOTHAR KUHLEN y analiza sus consecuencias prácticas: se produce una tendencia expansiva a la atribución de responsabilidad, surgen nuevos intereses de protección de carácter global y la imputación de responsabilidad se ve modificada, por cuanto una acumulación de actos individuales, en sí inocuos, pueden conllevar, si todos los cometen, el daño irreparable del medio ambiente. KUHLEN toma dicho punto de partida para afirmar que la protección del medio ambiente requiere la toma en

⁷⁹ El TC ha concretado los requisitos de la prueba indiciaria, así, la STC 133/2014 de 22 de julio resume una consolidada doctrina en su F.J. 8º: *“A falta de prueba directa de cargo, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que se cumplan unos requisitos: a) el hecho o los hechos base (indicios) han de estar plenamente probados; b) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base; c) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso que el órgano judicial exteriorice los indicios y que aflore el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, d) que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o de la experiencia común [...]”*.

⁸⁰ ALCÁCER GUIRAO (2002), pp. 7-15.

consideración de “las condiciones de vida de las generaciones futuras”. Con ello no sería preciso ni siquiera un peligro abstracto y actual, sino que sería suficiente que existiera una “prognosis de realización futura de conductas similares por terceras personas”. Con este sistema se propendería a tendencias cuasiobjetivas –por no decir puramente objetivas-, centradas en la “previsibilidad potencial”, así como a la “responsabilidad colectiva de grupos sociales u organizaciones empresariales”, y la lesividad se basaría en “riesgos genéricos o difusos”, con implicaciones en el nexo causal, que se reconduciría a una “causalidad estadística”, pasándose de delitos de peligro abstracto a delitos de resultado.

FRISCH⁸¹ estudia el supuesto de la protección por el Derecho Penal de las generaciones futuras y llega a la conclusión de que el papel del ordenamiento punitivo se encuentra muy limitado, ya que es un Derecho accesorio en materia medioambiental, que solo puede proceder contra comportamientos que no estén permitidos legalmente, tanto por el Derecho Administrativo como por el Derecho Civil; además, considera que las amenazas esenciales para el medio ambiente provienen de conductas admitidas por el Derecho nacional, por lo que resulta “utópico” entender que con el Derecho Penal se pueda conservar dicho entorno para generaciones futuras.

Podemos convenir en que, si bien resulta una finalidad bienintencionada la salvaguarda del medio ambiente y su conservación para las generaciones venideras, los postulados de KUHLEN conllevan una distorsión en categorías dogmáticas esenciales. Sin ánimo de ser exhaustivos podemos advertir que la causalidad no se puede afirmar en las acciones inocuas con el sistema actual: si cada acción, permitida legalmente, puede dar lugar a una atribución automática de responsabilidad, además de quebrarse el principio de unidad del ordenamiento jurídico, se estaría vulnerando el principio de proporcionalidad. Cada conducta aislada no tiene la virtualidad suficiente para poner en riesgo el medio ambiente, por lo que no se origina el peligro requerido por el tipo penal, con lo que la acción no sería típica. Tampoco es dable la imputación objetiva, puesto que no se actualiza el riesgo inherente a la conducta –que es en sí misma inocua-, ni se incrementa el peligro, ni se puede atribuir a un comportamiento legítimo un resultado producido por una suma de actos distintos. Tampoco se colma el elemento subjetivo del tipo, puesto que ni se puede aceptar que concurra dolo eventual, ya que el sujeto desconoce que cause un delito, ni podemos entender que lo asuma; además, la imprudencia grave tampoco concurriría, por cuanto no se ha producido una infracción del deber objetivo ni subjetivo de cuidado, ni se ha vulnerado su previsibilidad. Asimismo, se estaría ante una “autoría accesoria justificada”, en que varios sujetos han llevado a cabo conductas similares, permitidas legalmente y, por ello, amparados en la consideración de que están facultados por una causa de justificación. Los elementos de la culpabilidad también se ven afectados: no se aprecia la conciencia de la antijuridicidad –dado que el ordenamiento en su conjunto no ha prohibido los actos inocuos-, y tampoco existe un deber de actuar de forma distinta, por lo que no concurre el reproche culpabilístico. A su vez, fundamentar el reproche en la prognosis de conductas similares futuras conlleva que se pase de un Derecho Penal del hecho a un

⁸¹ FRISCH (2015), pp. 8 y 9.

Derecho Penal de la profecía, lo que resulta del todo punto inadmisibile. Semejante adelanto en las barreras punitivas excede con creces la finalidad de prevención general y no responde a los principios de intervención mínima y carácter fragmentario del ordenamiento penal, antes al contrario, se excede en la criminalización y en la punición de conductas no merecedoras de pena.

3.5. La responsabilidad civil y su cuantificación

Además de las responsabilidades penales que se pueden ventilar en los procesos analizados, surge una dificultad añadida a la hora de reparar los daños causados y, por ende, a la hora de cuantificar o fijar la responsabilidad civil. No nos referimos aquí a los daños que se pueden determinar con mayor facilidad, que vendrían representados por el lucro cesante de empresas o personas afectadas, daños en bienes que tengan un contenido pecuniario –valor de tierras, de bienes de equipo o material de trabajo- o, incluso, indemnizaciones por daños a la salud, que dentro de su carácter intangible han dado lugar a pronunciamientos judiciales en los que se siguen unos criterios o baremos objetivos o, al menos, objetivizantes. Por el contrario, nos referimos a los daños inferidos a un concepto etéreo como el del medio ambiente, por lo que la materia que estamos analizando tiene un carácter imponderable económicamente: ¿Cómo determinamos en euros qué supone la contaminación de un río? ¿Cómo precisamos las consecuencias futuras de una contaminación? ¿Qué pasa con los daños sobrevenidos mucho tiempo después, en los que resulta difícil precisar la relación de causalidad con el hecho/s base? Éstas y otras interrogantes se plantean a la hora de abordar la siempre difícil tarea de reconducir a un cauce económico aquellas cuestiones que simplemente son *res extra commercium* y cuya traslación o extrapolación a criterios crematísticos resulta siempre artificial, costosa, hipotética e insegura.

A la hora de señalar algunos criterios orientativos podemos seguir a DE VEGA RUIZ⁸², quien considera que se pueden diferenciar cuatro tipos de daños: i) *daños instantáneos y determinados*, que son aquéllos que no tienen proyección futura, que se derivan de forma directa de los hechos contaminantes; ii) *daños continuados*, que tienen su origen en actos sucesivos y que pueden cesar, con lo que no tendrían consecuencias “en los tiempos venideros”; iii) los *daños permanentes*, que son los que presentan un carácter irreversible y no susceptibles de subsanación y, en último término, iv) los *daños consecuentes*, que identifica con “los perjuicios progresivos”, y son aquéllos que agravan los daños causados mediante el transcurso del tiempo, por lo que su pronóstico es muy difícil –por no decir imposible-.

Por lo que respecta a estos daños sobrevenidos debemos apuntar que constituyen un incremento⁸³ del resultado lesivo de las conductas contaminantes, y que su determinación conlleva que habrá que estar al análisis del suelo, del subsuelo, de las aguas marítimas, terrestres o subterráneas, y ponderar la progresión que experimenten. Por tanto, podemos convenir en que estos daños no pueden reconducirse a una foto fija en un momento determinado, sino que tienen un carácter dinámico y expansivo, lo que

⁸² DE VEGA RUIZ (1991), pp. 26 y 27.

⁸³ OVALLE MADRID (2004), p. 111.

se cohonesto mal con su plasmación concreta en la sentencia. Los métodos a los que podemos acudir para su fijación tienen en cuenta factores estadísticos, comparativos y son de carácter técnico. Por este motivo, es esencial que se efectúe un seguimiento posterior a los procesos judiciales, que se evalúe la recuperación, el mantenimiento o el deterioro acaecidos, y que se cuantifique de la forma más precisa posible.

A juicio de DEL MORAL GARCÍA⁸⁴, en materia medioambiental, conforme a lo prescrito por el artículo 339 CP⁸⁵, la responsabilidad civil debe basarse en “*el concepto amplio de restitución*”. De este modo, si conforme al artículo 110 CP, la responsabilidad civil comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización de los daños y perjuicios materiales y morales, en el ámbito objeto de estudio debemos centrarnos en la primera finalidad, sin perjuicio de que los demás aspectos también deban ser resarcidos. Así, podemos sintetizar la finalidad restitutoria⁸⁶ y, combinada con el principio de que “quien contamina, paga”, extender el campo de actuación del mismo y estimar que “*quien contamina, paga y restituye la situación a su estado anterior*”.

3.6. Casos mediáticos: expectativas generadas (y frustradas)

Puesto que los temas medioambientales generan alarma y conmoción sociales cuando se producen grandes catástrofes naturales –véase el caso Prestige o las Minas de Aznalcóllar en España-, los medios de comunicación tienden a efectuar en tales desgraciadas ocasiones un amplio seguimiento, que puede resultar contraproducente a los fines de la investigación: con ello no quiero, en absoluto, limitar la libertad de información o de opinión, sino que resalto que debería efectuarse un ejercicio responsable de la profesión periodística. Los juicios paralelos, las indeseadas filtraciones judiciales, los comentarios desconectados de lo noticiable, las intromisiones en la vida privada de los jueces –que no son personajes públicos, sino que desempeñan una función pública-, las opiniones infundadas y las críticas injustas y carentes de argumentos pueden generar un caldo de cultivo en que la investigación se resienta, el instructor sienta la presión mediática y el escrutinio de la opinión pública y ello

⁸⁴ DEL MORAL GARCÍA (2004), pp. 112 y 113.

⁸⁵ Artículo 339 CP: “*Los jueces o tribunales ordenarán la adopción, a cargo del autor del hecho, de las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como de cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título*”.

⁸⁶ Esta consideración se constata de forma patente en la STS 1073/2003, de 25 de septiembre, que establece lo siguiente: “*Nos encontramos ante un supuesto en el que la actuación reparadora de los efectos y consecuencias del delito se mueven en las dos opciones posibles, la reparación y la indemnización. Tratándose de un delito cometido contra un paraje de valor ecológico incuestionable, como reconoce la propia sentencia, el efecto reparador de la actuación del Derecho Penal, debe poner especial énfasis en la recuperación a ser posible total, de la configuración del Marjal antes de que se empezase a actuar por parte del acusado, ya que no es posible establecer la responsabilidad civil subsidiaria en este trámite, porque la Corporación Local no ha sido parte en el recurso de casación ni ha sido oída. El efecto más adecuado de la actuación del Derecho Penal, sería el de conseguir en primer lugar la restitución íntegra e indemne del objeto del delito o la reparación del daño o, en último caso, obtener una satisfacción indemnizatoria que no siempre colma las exigencias de las partes. En este caso la solución ajustada es la de realizar, a costa del causante, las actuaciones necesarias para retirar los escombros vertidos, levantando el aterramiento y restituyendo al Marjal de La Sabor a su estado anterior a los vertidos derivados de las autorizaciones ilícitas concedidas o actuaciones concertadas por el acusado*”.

repercuta de forma desfavorable en las decisiones que se adopten. En este sentido, se crean determinadas expectativas punitivas en la opinión pública, que tiende a considerar el Derecho Penal como la solución a todos los males.

Como ejemplo podemos traer a colación el Caso Prestige, en que un petrolero monocasco se accidentó el 13 de noviembre de 2002 frente a la Costa da Morte y, tras varios días de maniobra para alejarlo de la costa gallega se produjo su hundimiento y posterior vertido de combustible, cuya área de afectación abarcó desde Portugal hasta las Landas francesas. Tras el accidente, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁸⁷ señaló cuáles eran algunas de las posibles responsabilidades penales que se podían atribuir, indiciariamente, por tales hechos: i) **las autoridades administrativas españolas** podrían haber incurrido en un delito ecológico del artículo 325 CP, cometido por imprudencia grave dado que, al adoptar la decisión de alejar el barco de las costas gallegas, y por tanto tras haber asumido éstas el control de la fuente de peligro, “*el vertido no sólo prosiguió sino que incluso se vio desmesuradamente aumentado*”, por lo que, en base a un concepto extensivo de autor y a que el tipo penal no solo alude a “realizar” vertidos, sino también a provocarlos, opinaba que sería dable atribuir responsabilidad penal por la medida adoptada. Además, exponía que tal delito estaba en concurso ideal con el delito del artículo 330 en relación con el 331 CP, al haberse causado daños en un “espacio natural protegido”, y que se podía añadir el delito de daños del artículo 267 CP, en su modalidad imprudente. ii) El **capitán del barco**: inicialmente se le atribuían a Apostolos Mangouras⁸⁸ un delito de desobediencia grave a las autoridades españolas por su negativa a acatar las órdenes recibidas, que se incardinaría en el artículo 556 CP, el tipo básico del artículo 325 CP y el delito de daños en espacio protegido del artículo 331CP. Entendía MARTÍNEZ-BUJÁN que de las conversaciones existentes se infería que el capitán no había desobedecido, que el tipo del artículo 331 CP no se le podía imputar objetivamente, en cuanto el desplazamiento del barco fue ordenado por las autoridades españolas, con lo que su conducta no fue la generadora del riesgo y que, a lo sumo, debía responder por el tipo básico del artículo 325 CP por imprudencia. iii) Las **personas vinculadas a la propiedad y explotación del buque**: se les podría imputar, por imprudencia, haber consentido el transporte de una carga altamente contaminante en una embarcación que no reunía las necesarias condiciones de seguridad, por lo que se incardinaría en el tipo básico del artículo 325

⁸⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2003), pp. 13-16, 25-29,

⁸⁸ A propósito del Capitán Mangouras, VERDÚ BAEZA (2011), pp. 513-520, señala que la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) de 28 de septiembre de 2010 (Gran Sala), asunto Mangouras C. España, 12050/04, -que estimó que no se vulneraba el artículo 5.3 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) por la imposición de una fianza de 3.000.000 de euros al capitán Mangouras ni por la prisión provisional acordada por el juzgado de Corcubión-, supuso un alejamiento sutil por parte del TEDH de su línea interpretativa en relación con el papel de la fianza como garantía para la libertad provisional de un imputado y de la posición central del artículo 5.3 del Convenio como garantía última de la interdicción de la arbitrariedad en las privaciones de libertad. Así, el TEDH mostró “una decidida sensibilidad ante las consecuencias ambientales catastróficas del presunto hecho delictivo consistente en un grave episodio de contaminación”, lo que califica dicho autor como una “interesante aportación del Tribunal en la construcción de un sistema de garantías de protección del medio ambiente”.

CP, pero consideraba que, en el momento inicial de la investigación, solo se podría atribuir la responsabilidad a título de autoría accesoria imprudente.

El resultado⁸⁹ del proceso penal fue el siguiente: en la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (SAP A Coruña, sección 1ª, de 13 de noviembre de 2013) solo se condenó penalmente al capitán Mangouras por un delito de desobediencia. Tras el recurso interpuesto frente a la misma, la STS de la Sala 2ª, nº 865/2015, de 14 de enero de 2016, condenó al capitán por un delito imprudente contra el medio ambiente en la modalidad agravada de deterioro catastrófico (artículo 325 en relación con el artículo 321 y el 326 e) CP, según la redacción vigente en el momento de los hechos), y le absolvió del delito de desobediencia grave. Por tanto, más de una década después de la mayor catástrofe medioambiental acaecida en España, solo el capitán del barco fue condenado por imprudencia, y todas las expectativas surgidas resultaron frustradas.

Algo similar ocurrió en el Caso de las Minas de Aznalcóllar, que podemos sintetizar en que en la madrugada del 25 de abril de 1998 se rompieron los muros de contención de la industria minera explotada por la empresa BOLIDEN y se provocó el vertido de cinco kilómetros de aguas ácidas y lodos tóxicos al río Agrio, contaminando su cauce, así como las explotaciones agrícolas circundantes, lo que puso en peligro el Parque Nacional de Doñana. Se iniciaron varios⁹⁰ procesos judiciales: uno penal, que se archivó porque se consideró que ninguno de los (entonces) imputados había incurrido en imprudencia grave, otro contencioso-administrativo, en que el TS confirmó la sanción pecuniaria impuesta tras el procedimiento sancionador instado por la Junta de Andalucía. No obstante, el reembolso de los costes de reposición satisfechos por la Junta ha dado lugar a varias declaraciones de incompetencia de los órganos judiciales: primero del orden jurisdiccional civil, luego del orden contencioso y, en último término, la causa ha sido asumida por el juzgado que hace más de diez años se declaró incompetente. También se acudió a la vía civil por parte de BOLIDEN, que demandó – sin éxito- a las empresas de ingeniería y de construcción que llevaron a cabo su instalación, así como a sus compañías aseguradoras, pretendiendo que fueran responsables de los daños causados en virtud de su incumplimiento contractual. Asimismo, empresas y particulares afectados también han acudido a la jurisdicción contencioso-administrativa, reclamando la reparación económica de la Junta de Andalucía al amparo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, alegando infracción de su función inspectora; sin embargo, en dichos procesos se ha exonerado de responsabilidad a la Administración Pública.

Estos dos ejemplos son sintomáticos de la dificultad de dar una respuesta penal a las grandes catástrofes medioambientales; para SILVA SÁNCHEZ⁹¹, el principal problema son las relaciones entre la Administración y las empresas correspondientes, que se halla presidida más por “*consideraciones de cooperación que de confrontación*”, además,

⁸⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2016), pp. 9 y 10, quien se muestra muy crítico con todo el procedimiento, calificándolo como “*cúmulo de despropósitos jurídico-penales*”, estimando que hubo una “*instrucción lamentable*”, que la Audiencia de A Coruña dictó una “*disparatada sentencia*”, y que la resolución del Alto Tribunal “*representa un (in-) digno colofón*”.

⁹⁰ GÓMEZ LIGÜERRE (2012), pp. 3 y 4.

⁹¹ SILVA SÁNCHEZ (1997), p. 134.

ahondando en los postulados de la “sociedad del riesgo” del sociólogo alemán ULRICH BECK manifiesta que “*La poco agradable conclusión acerca de la existencia de unas administraciones públicas ‘contaminantes’ o, llevando más allá los términos del problema, de una sociedad que entra en contradicción consigo misma al adoptar decisiones que la ponen en peligro relevante está, como se advertirá, en el horizonte más próximo del planteamiento de esta cuestión*”.

Esta falta de respuesta punitiva puede tener consecuencias en el campo de la prevención general, por cuanto la amenaza de la pena no se encuentra presente de forma tan latente: puede conllevar que las empresas contaminantes sopesen la rentabilidad de seguir infringiendo la normativa administrativa, al socaire de la ausencia de sanciones penales. No obstante, la responsabilidad penal de las personas jurídicas introducida en el año 2010 constituye un importante freno a esa posibilidad. Sin embargo, en lo que concierne a la determinación de las personas físicas concretamente responsables, la vía penal no ha arrojado las sanciones esperadas por algunos. Podemos señalar como principales causas la dificultad de precisar la imputación objetiva, el desconocimiento de los concretos cursos causales, la estructura de los tipos como delitos de peligro hipotético, que se trate habitualmente de delitos imprudentes o, a lo sumo, cometidos por dolo eventual –salvo supuestos patológicos de sujetos que sepan y deseen cometer el delito contra el medio ambiente–, el juego del principio *in dubio pro reo*, los resultados acumulativos por la acción de diferentes agentes a lo largo de un lapso temporal prolongado, la ausencia de medios de prueba o la valoración que ha de hacerse sobre la prueba indiciaria. Todos estos factores, tanto objetivos como subjetivos, han de ser conjugados y ponderados antes de emitir juicios pesimistas sobre la eficacia del sistema punitivo: el proceso penal no puede ser el Bálsamo de Fierabrás, la cura para todos los males, ni una sentencia absolutoria significa un fracaso del Estado de Derecho; antes al contrario, demuestra que una maquinaria judicial se ha puesto en funcionamiento, que se han respetado los derechos fundamentales y la presunción de inocencia, que han existido las garantías procesales y que los juicios se celebran en las salas de vistas, no en los platós de televisión. Algunos pueden objetar que delinquir, en determinados supuestos, resulta impune, y que el principio de que quien contamina paga no siempre se cumple. Otros responderemos que preferimos ver a cien culpables absueltos antes que a un inocente condenado: son las bases del proceso penal las que están en juego y las tendencias administrativizadoras no pueden asumirse so riesgo de desnaturalizar el sistema punitivo y sus principios fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

ABEL SOUTO, M., *El blanqueo de dinero en la normativa internacional: especial referencia a los aspectos penales*, Servicio de publicaciones e intercambio científico, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago, 2002.

ABEL SOUTO, M., “Las leyes penales en blanco”, *Nuevo Foro Penal*, nº 68, 2005, pp. 13-30.

ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador”, *Revista de Administración Pública*, nº 195, 2014, pp. 135-167.

ALCÁCER GUIRAO, R., “La protección del futuro y los daños cumulativos”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 4, 2002.

BACIGALUPO ZAPATER, E., “La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 5, 1980-1981, pp. 191-214.

BLANCO CORDERO, I., “El Derecho Penal y el Primer Pilar de la Unión Europea”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 6, 2004, pp. 1-26.

BORRILLO, D., “Ecological crimes and environmental criminal law: Reflections on the environmental criminal law in the European Union”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, vol. 3, nº 1, 2011, pp. 1-14.

CEREZO MIR, J., “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 10, 2002, pp. 47-72.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “La protección civil del medio ambiente”, *Jueces para la democracia*, nº 8, 1989, pp. 30-35.

DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 1999.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Contaminación ambiental, residuos e instalaciones peligrosas para los recursos naturales y el ambiente, tras la reforma de 2015”, *Revista Penal*, nº 36, 2015, pp. 86-104.

DE LA MATA BARRANCO, N.J., “Delitos contra el medio ambiente: accesoriadad administrativa”, en TERRADILLOS BASOCO, J.M. (dir.), *Técnicas de investigación e infracciones medioambientales*, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 75, 2005, pp. 9-78.

DE LA VARGA PASTOR, A., “Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 5 de abril de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Ponente: Rafael Pérez Nieto)”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, nº 70 (Julio), 2017, pp. 152-155.

DE MIGUEL PERALES, C., “Los delitos medioambientales tras la última reforma del Código Penal: Una oportunidad perdida”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº Extra 1, 2011, pp. 88-92.

DE VEGA RUIZ, J.A., *El delito ecológico*, Colex, Madrid, 1991.

DEL CERRO BARJA, A., “Derecho Comunitario e impacto ambiental. Regulación, repercusión y aspectos prácticos en España”, en VERCHER NOGUERA, A. (dir.), *El*

derecho europeo medioambiental: estado actual de la transposición del derecho comunitario al ordenamiento jurídico, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 67, 2004, pp. 125-152.

DEL MORAL GARCÍA, A., “Aspectos problemáticos en los delitos contra el medio ambiente”, en GRANADOS PÉREZ, C. (dir.), *Problemas derivados de la delincuencia medioambiental*, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 52, 2004, pp. 88-121.

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., “El régimen jurídico de la prevención ambiental en la Comunidad de Castilla y León”, *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, nº 300-301, 2006, pp. 255-299.

FRISCH, W., “Derecho penal y protección del clima: Posibilidades y límites de una contribución del Derecho penal a la protección del clima conforme a convenios internacionales”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, 2015, pp. 1- 22.

GARCÍA ARÁN, M., “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 16, 1992-1993, pp. 63- 104.

GARCÍA VALDÉS, C., *El proyecto de nuevo código penal*, Tecnos, Madrid, 1992.

GÓMEZ LIGÜERRE, C.I., “Quien contamina paga...si alguna jurisdicción es competente para condenarlo: Conflictos de jurisdicción en el caso Boliden”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2, 2012.

GONZÁLEZ GUITIÁN, L., “Sobre la accesoriadad del Derecho Penal en la protección del ambiente”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 14, 1989-1990, pp. 109- 136.

GONZÁLEZ RADÍO, V., *El tiempo climático y su plasmación en los medios de comunicación*, Reprografía Noroeste, Santiago de Compostela, 2017.

GONZÁLEZ URIEL, D., “Falsificación de productos médicos y delitos similares contra la salud pública: influencias internacionales y regulación nacional”, *Estudios de Deusto*, Vol. 65, nº 1, 2017, pp. 151-183.

GRANADOS PÉREZ, C., “La contaminación acústica”, en GRANADOS PÉREZ, C. (dir.), *op. cit.*, pp. 11-42.

GRASSO, G., “La formación de un Derecho penal de la Unión Europea”, *Revista del Poder Judicial*, nº 52, 1998, pp. 177-212.

HEFENDEHL, R., “Derecho penal medioambiental: ¿por qué o cómo?”, *Estudios públicos*, nº 110, 2008, pp. 165-192.

IBÁÑEZ MÉNDEZ, I., “Los poderes públicos y la defensa del medio ambiente”, *Observatorio medioambiental*, nº 6, 2003, pp. 45-71.

JORDANO FRAGA, J., “El Derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado: elementos para su articulación expansiva (1)”, *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de Derecho ambiental*, nº 0, 1998, pp. 1-11.

JORDANO FRAGA, J., “La responsabilidad por daños ambientales en el Derecho de la Unión Europea: análisis de la Directiva 2004/35, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental”, *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de Derecho ambiental*, nº 12-13, 2005, pp. 1-23.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Las posibles responsabilidades penales en el "caso Prestige"”, “*IeZ: Ingurugiroa eta zuzenbidea = Ambiente y derecho*”, nº 1, 2003, pp. 11-32.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Un nuevo despropósito jurídico en el caso "Prestige": ahora el Tribunal Supremo (comentario a la STS nº 865/2015, Sala Segunda, de lo penal, de 14 de enero de 2016)”, *Revista Foro FICP (Foro y Tribuna de la FICP)*, nº 3, 2016, pp. 9-63.

MENDO ESTRELLA, A., “La compleja estructura de peligro en el denominado delito "ecológico" del artículo 325.1 del Código Penal: algunas alternativas”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 61, Fasc/Mes 1, 2008, pp. 237-264.

MESTRE DELGADO, E., “Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 41, Fasc/Mes 2, 1988, pp. 503-528.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

NIETO MARTÍN, A., “Bases para un futuro Derecho Penal Internacional del medio ambiente”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 16, 2012, pp. 137-164.

NOVELLI, M.H., “Consideraciones acerca de la Directiva 2004/35/CE sobre responsabilidad medioambiental”, *Cognitio iuris*, vol. 2, nº 4, 2012, pp. 40-51.

OCHOA FIGUEROA, A., “Medioambiente como bien jurídico protegido, ¿visión antropocéntrica o ecocéntrica?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 11, 2014, pp. 253-294.

OVALLE MADRID, G.L., “Delito contra el medio ambiente y delito de daños en el Código Penal español. La relación concursal entre un delito de peligro abstracto con verificación de resultado”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 31, nº 1, 2004, pp. 105-113.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “El delito ecológico en España: situación actual y perspectivas de reforma”, *Jueces para la democracia*, nº 23, 1994, pp. 61-68.

RAFOLS PÉREZ, I.J., “Vertidos contaminantes y delito contra el medio ambiente”, *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 4, 2004, pp. 213-260.

RODRÍGUEZ LEÓN, L.C., “Ministerio Fiscal e instancias administrativas de control”, en TERRADILLOS BASOCO, J.M. (dir.), *op. cit.*, pp. 161-186.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Presente y futuro de la protección penal del medio ambiente en España”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 5, 1980-1981, pp. 279-316.

ROLDÁN BARBERO, H., “Detección e investigación de los delitos ecológicos”, *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 17, 2003, pp. 57- 64.

ROXIN, C., “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 15, 2013, 27 pp., disponible en www.criminet.ugr.es/recpc/15/recpc1501.pdf

RUIZ-JARABO COLOMER, D., “Turismo y medio ambiente: el delito ecológico, introducido en la reforma del Código Penal”, *Estudios turísticos*, nº 79, 1983, pp. 55-59.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Las "normas de complemento" de las leyes penales en blanco pueden emanar de las Comunidades Autónomas”, *Revista del poder judicial*, nº 52, 1998, pp. 483-498.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Política criminal y técnica legislativa en materia de delitos contra el medio ambiente”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, nº 4-5, 1997, p. 121-151.

SILVA SÁNCHEZ, J. M./MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Los delitos contra el medio ambiente*, Atelier, Barcelona, 2012.

TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Artículo 325 del Código Penal. Lecturas jurisprudenciales”, en TERRADILLOS BASOCO, J.M. (dir.), *op. cit.*, pp. 125- 159.

TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Protección penal del medio ambiente en el nuevo Código Penal español: luces y sombras”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº19, 1996, pp. 289-327.

TIEDEMANN, K., “La armonización del Derecho Penal en los Estados miembros de la Unión Europea”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 49, Fasc/Mes 2, 1996, 385-405.

VELASCO NÚÑEZ, E./SAURA ALBERDI, B., *Cuestiones prácticas sobre responsabilidad penal de la persona jurídica y compliance*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

VERCHER NOGUERA, A., “La incipiente regulación de los delitos contra el medio ambiente en el Derecho Comunitario Europeo”, en VERCHER NOGUERA, A. (dir.), *op. cit.*, pp. 9-48.

VERDÚ BAEZA, J., “Tribunal Europeo de Derechos Humanos - TEDH - Sentencia de 28.09.2010 (Gran Sala), Mangouras c. España, 12050/04 - «Artículo 5.3 CEDH - Proporcionalidad de medidas cautelares en delitos ecológicos» - Las sentencias «ambientalistas» del TEDH”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 39, 2011, pp. 503-521.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Delitos contra el medio ambiente y responsabilidad criminal de las personas jurídicas”, en BACIGALUPO ZAPATER, E. (dir.), *Empresa y delito en el nuevo Código Penal*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 2, 1997, pp. 211-239.

PROBLEMAS DE LAS PAREJAS DE HECHO

Marta Blanco Iglesias
Registradora de la Propiedad de Monforte de Lemos

TITLE: *DOMESTIC PARTNERSHIP PROBLEMS.*

RESUMEN: En este trabajo analizaremos los problemas que origina el instituto de la pareja de hecho, tanto desde la perspectiva del derecho nacional como de derecho gallego.

ABSTRACT: *In this paper we will analyse the problems surrounding domestic partnership from both a national and a Galician perspective.*

PALABRAS CLAVE: Parejas de hecho, problemas.

KEYWORDS: *Domestic partnership, problems.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CUESTIONES GENERALES. 3. LA PAREJA DE HECHO EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL. 4. LA PAREJA DE HECHO EN LA LEY GALLEGA. 5. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. 6. PAREJAS DE HECHO NO INSCRITAS. 7. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La razón del tema escogido se debe a que en el mes de abril se desarrolló en la Universidad de Santiago de Compostela una especie de coloquio sobre la regulación de las parejas de hecho en la Ley de Derecho Civil de Galicia del año 2006. Ese día, notarios, profesores, jueces, registradores, y alumnos debatimos acerca de la regulación de esta figura en la ley gallega, llegando a una conclusión prácticamente unánime al respecto.

Cuando me propusieron participar en este proyecto, bajo el título “Propuestas de modernización del derecho en cuestiones que afectan a la juventud” me pareció interesante analizar esta figura. El objeto de este artículo no es hacer un estudio detallado sobre la materia, sino ver a grandes rasgos qué ventajas o desventajas puede tener para los jóvenes constituir una pareja de hecho o contraer matrimonio.

2. CUESTIONES GENERALES

Antes de entrar a analizar esta figura me gustaría hacer hincapié en una serie de cuestiones que surgen en torno a la misma:

1°. La primera cuestión es preguntarnos ¿qué se entiende por pareja o unión de hecho? Podría definirse como la unión de dos personas, con vocación de permanencia, que tienen un hogar común y que están ligadas por una relación afectiva-sexual, pero sin estar ligadas entre ellas por vínculo matrimonial.

2°. La pareja de hecho no es una figura novedosa, de reciente creación, como pueden ser otras que estén de actualidad (véase, la maternidad subrogada), sino que es una figura que ha existido a lo largo de la historia, bajo diversas denominaciones. Así, por ejemplo, en la antigua Roma ya se hablaba de concubinato, para referirse a la relación marital de dos personas sin estar casadas o en la Edad Media, donde esta figura, que recibía el nombre de barraganía, llegó incluso a ser perseguida y castigada. Sin embargo en la actualidad, tiene cierto auge y está siendo objeto de análisis, tanto por parte del Tribunal Constitucional a raíz de las leyes de parejas de hecho de algunas comunidades autónomas, como por instancias inferiores, al resolver los problemas que se plantean en el momento de disolución de la misma.

3°. Por último, la unión de hecho es una figura cuyo desarrollo ha sido totalmente desigual en el ámbito estatal y en el ámbito autonómico. En el ámbito estatal no existe una ley general que desarrolle esta materia y establezca los requisitos que debería reunir una pareja para ser considerada desde el punto de vista legal como pareja de hecho, sino que solo ha sido objeto de tratamiento en algunas leyes sectoriales, como por ejemplo, en la Ley de arrendamientos urbanos o en la Ley que regula el derecho de asilo. Sin embargo, en el ámbito autonómico, prácticamente todas las Comunidades Autónomas han dictado sus propias normas en materia de parejas de hecho, estableciendo requisitos distintos para poder constituir una pareja de hecho o haciendo referencia a ellas en otras normas autonómicas. Así, en casi todas las comunidades autónomas existe una ley propia que regula las parejas o uniones de hecho, existiendo en muchas de ellas un Registro de Parejas de Hecho, desarrollado por la norma correspondiente.

3. LA PAREJA DE HECHO EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL

Como señalábamos anteriormente, no existe una ley estatal que regule las parejas de hecho. Sin embargo, se trata de una figura que ha suscitado cierta polémica habiéndose pronunciando tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo sobre cuál es la situación de la misma. Sin entrar en el estudio de si las Comunidades Autónomas tienen o no competencia para regular esta materia, de las sentencias del Tribunal Constitucional se extrae que las parejas y el matrimonio "no son realidades equiparables".

Pese a ello, las parejas de hecho sí que han sido objeto de regulación en algunas normas estatales. Si analizamos estas normas observamos una clara diferencia con la legislación autonómica. En las leyes estatales, se extienden una serie de derechos que se reconocen

a los cónyuges a la pareja de hecho, pero sin necesidad de que hayan realizado ningún trámite o se hayan inscrito en un registro. Muestra de ello, es la ley de arrendamientos urbanos que permite subrogarse en el lugar del arrendatario, en caso de fallecimiento del mismo "a la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia". También en algunos supuestos se equipara, no a la hora de reconocer derechos sino a los efectos de considerar como personas vinculadas, como por ejemplo, con el concursado, disponiendo la ley concursal, que es persona especialmente vinculada con el concursado "las personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso".

4. LA PAREJA DE HECHO EN LA LEY GALLEGA

En Galicia no existe una ley autonómica específica sobre las parejas de hecho sino que se regulan en la Ley de Derecho Civil de Galicia de 14 de Junio de 2006, en su Disposición Adicional Tercera, modificada por la Ley 10/2007, de 28 de junio, de reforma de la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia cuyo tenor literal es el siguiente: "1. A los efectos de la aplicación de la presente ley, se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo que se extienden a los miembros de la pareja los derechos y las obligaciones que la presente ley reconoce a los cónyuges.

2. Tendrán la condición de parejas de hecho las uniones de dos personas mayores de edad, capaces, que convivan con la intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que la inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio. No pueden constituir parejas de hecho:

- a) Los familiares en línea recta por consanguinidad o adopción.
- b) Los colaterales por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado.
- c) Los que estén ligados por matrimonio o formen pareja de hecho debidamente formalizada con otra persona.

3. Los miembros de la unión de hecho podrán establecer válidamente en escritura pública los pactos que estimen convenientes para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su extinción, siempre que no sean contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos que corresponden a cada

conviviente o gravemente perjudiciales para cada uno de los mismos. Serán nulos los pactos que contravengan la anterior prohibición".

Respecto de esta norma se planteó su constitucionalidad, interponiendo el Tribunal Superior de Justicia de Galicia dos cuestiones de inconstitucionalidad, las cuales fueron rechazadas por motivos formales, sin entrar el Tribunal Supremo en el fondo de la misma.

El desarrollo de la Disposición Adicional se encuentra en el Decreto 248/2007, de 20 de diciembre, por el que se crea y se regula el Registro de Parejas de Hecho de Galicia. En dicha norma se establecen los requisitos tanto para su constitución como para su disolución desde el punto de vista administrativo.

Lo primero que se puede observar tras el análisis de esta norma, es que además de establecer una serie de requisitos materiales para poder formar parte de una pareja de hecho, se establece un requisito formal, de naturaleza constitutiva, que es la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de la Xunta de Galicia. Por lo tanto en Galicia, para poder formar parte de una pareja de hecho, desde el punto de vista legal, no basta con que se acredite la convivencia durante un determinado periodo de tiempo, o que exista descendencia común, si no que a los efectos de la ley, es requisito imprescindible la inscripción en dicho Registro. El legislador explica las razones de exigir esta inscripción, basándose en la autonomía de la voluntad de los miembros de la pareja de hecho, señalando que "no fue intención del legislador establecer la equiparación *ope legis* de quienes no desearan ser equiparados."

El segundo aspecto resaltable tras el análisis de la mencionada disposición adicional tercera, es que las parejas de hecho que se inscriban tiene que manifestar su voluntad de equiparar sus efectos al matrimonio y que producirán los mismos efectos que el matrimonio, pero solo a los efectos de esta ley. Por lo tanto, a una pareja de hecho constituida al amparo de dicha norma, le serían de aplicación todas las normas relativas al matrimonio o que se refieran a los cónyuges de la Ley de Derecho Civil de Galicia, pero no de otras normas. Así, en otros campos del derecho, como por ejemplo el derecho fiscal o administrativo, no se produciría la equiparación. En concreto en el ámbito fiscal, se ha rechazado que los miembros de la pareja puedan hacer la declaración conjunta dado que la Ley del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas en el artículo 82 cuando se refiere a la unidad familiar, considera como unidad familiar "la integrada por los cónyuges no separados legalmente".

5. REGIMÉN ECONÓMICO PATRIMONIAL

En el matrimonio existe una regulación muy completa del entramado de relaciones que surgen del mismo, tanto en el aspecto personal como en el económico. Sin embargo, en

materia de parejas de hecho no existe esta regulación, lo que lleva a preguntarnos ¿Cuál es el régimen de los bienes de una pareja de hecho?

El párrafo tercero de la disposición adicional tercera permite que los cónyuges establezcan los pactos que estimen convenientes para regular sus relaciones "siempre que no sean contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos que corresponden a cada conviviente o gravemente perjudiciales para cada uno de los mismos". Por lo tanto, al amparo de dicha norma pueden o bien remitirse a la regulación de un régimen ya establecido, disponiendo por ejemplo, que sean de aplicación las reglas de la sociedad de gananciales o del régimen de separación de bienes, o bien establecer las normas que consideren más adecuadas. Estos pactos constituyen el denominado régimen económico patrimonial de la unión de hecho, pero para que estos pactos sean válidos se establece un requisito formal: que se hagan constar en escritura pública.

Pero, y si no pactan nada en escritura pública, ¿cuál es el régimen económico patrimonial? Al respecto podrían sostenerse dos posturas:

1º Realizando una interpretación literal de la ley, la disposición adicional tercera equipara las parejas de hecho al matrimonio, por lo que sería de aplicación el art. 171 que dispone: "El régimen económico matrimonial será el convenido por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales. En defecto de convenio o ineficacia del mismo, el régimen será la sociedad de gananciales". Por lo tanto, dada dicha equiparación, si no pactan nada serían de aplicación las normas previstas en el Código Civil para el régimen de la sociedad de gananciales.

Sin embargo, siguiendo la interpretación literal, no serían de aplicación las normas del régimen económico matrimonial primario (artículos 1315 y siguientes del Código Civil), dado que la Ley de Derecho Civil de Galicia no se remite a las mismas. Así, no sería de aplicación el artículo 1320 del Código Civil que establece que para que uno de los cónyuges pueda disponer de la vivienda habitual será necesario el consentimiento del otro. En cambio, sí que serían de aplicación las normas relativas a las donaciones por razón de matrimonio que sí están reguladas en la Ley de Derecho Civil de Galicia.

2º La segunda postura, sería aplicar las normas de la comunidad ordinaria. Los argumentos a favor de esta postura estarían en el principio de autonomía de la voluntad: si los miembros de la pareja han optado por no casarse y han optado por no establecer ninguna regla, no se les podría aplicar un régimen que pudiendo haberlo pactado, no lo han hecho. Esta postura es concordante con la mantenida por el TS y por la DGRN, que en el ámbito del derecho común ha rechazado que se apliquen analógicamente a la pareja de hecho las normas de la sociedad de gananciales.

La respuesta a la pregunta antes formulada no está clara. En el ámbito doctrinal y jurisprudencial, se han defendido ambas posturas. Pero señalar que en el ámbito de las audiencias provinciales, las últimas sentencias se inclinan a favor de no aplicar el régimen de gananciales. Así, la Audiencia Provincial de A Coruña, en sentencia de 13 de marzo de 2017, señala que "la escritura pública se convierte en una forma *ad solemnitatem*, impuesta por la ley para la validez del acto jurídico, de constitución de un régimen económico análogo al matrimonial". De acuerdo con esta postura, para que sea aplicable a la unión de hecho las reglas de la sociedad de gananciales, sería necesario que lo hubiesen pactado en escritura pública.

6. PAREJAS DE HECHO NO INSCRITAS

Como vimos anteriormente, la ley gallega exige para que la pareja de hecho quede válidamente constituida a los efectos previstos en la ley es necesaria la inscripción en el Registro. Pero ¿Qué ocurre con las parejas de hecho no inscritas en dicho registro? Evidentemente estas parejas existen aunque no se hayan inscrito en el Registro de Parejas de Hecho. Es decir, por el hecho de que no se hayan inscrito, no se va a negar la existencia de la misma, que existe de facto, aunque desde el punto de vista de la ley gallega, no ha cumplido los requisitos establecidos para equipararse al matrimonio. Sin embargo respecto de estas parejas no se produce la equiparación al matrimonio a los efectos previstos en la ley gallega. Así, no se plantean las cuestiones antes señaladas al hablar del régimen económico patrimonial o no tendrían derechos sucesorios.

A estas parejas de hecho serían de aplicación aquellas normas tanto estatales como autonómicas, que a los efectos de reconocer ciertos derechos a los cónyuges, los extiende a las personas que tengan una análoga relación de afectividad a la conyugal o que los equipara a otros efectos.

7. CONCLUSIONES

Analizada a grandes rasgos cual es la situación legal de las parejas de hecho en el ámbito estatal y en la ley gallega, las conclusiones que podemos extraer de la regulación actual de las mismas serían las siguientes:

1º. La pareja de hecho regulada en la ley gallega, no es propiamente una pareja de hecho o una convivencia "more uxorio", sino que podemos hablar de "pareja de hecho de derecho", dado que es necesaria la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho.

2º. El hecho de que se equiparen por el hecho de la inscripción al matrimonio, resulta un poco paradójico, en el sentido de que aquellas personas que no desean contraer matrimonio, y optan precisamente por esta figura, ven automáticamente equiparado sus efectos al matrimonio. De hecho, del análisis de la disposición adicional tercera no

parece posible que los convivientes expresen su voluntad de no equipararse al matrimonio.

3º. En la ley de derecho civil de Galicia, no tienen cobertura aquellas parejas que, sin haberse inscrito en el registro, llevan conviviendo un tiempo o que tienen descendencia en común.

4º. La equiparación de la pareja al matrimonio a los solos efectos de la ley, implica una equiparación parcial, quedando un abanico de cuestiones que pueden surgir sin tener una solución clara. Además, en aquellos aspectos que sí que han sido objeto de regulación la respuesta que debe darse a las preguntas que surgen, no está clara cuál es la solución que debe darse a las mismas.

Sentadas estas conclusiones y sintetizando las conclusiones a las que llegamos ese día, la pareja de hecho en la regulación gallega es una figura que podríamos considerar "extraña" dada la equiparación que se produce al matrimonio solo a los efectos de la ley. Además dada las facilidades que existen hoy en día, tanto para contraer matrimonio (ante notario, juez, alcalde, ministro de la religión que se profese), como para disolverlo, ya que en caso de que no existan hijos menores es posible divorciarse ante notario, parece más aconsejable optar por el matrimonio, con su regulación detallada y todas las cuestiones que pueden surgir ya previstas.

BIBLIOGRAFÍA

DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I. (1995), "Parejas no casadas y subrogación en los arrendamientos urbanos", *Boletín de la Facultad de Derecho UNED*, núms. 8-9, 1995.

www.iurisprudente.com

www.vlex.com

www.notariosyregistradores.com

LA REALIDAD ACTUAL DE LOS NIÑOS CON CÁNCER: RETOS JURÍDICOS Y PROPUESTAS DE FUTURO

Eugenia Amoedo Lusquiños
Miembro de la directiva de Asanog. Tesorera
Procuradora de los Tribunales



TITLE: *CURRENT REALITY OF CHILDREN WITH CANCER: LEGAL CHALLENGES AND FUTURE PROPOSALS.*

RESUMEN: Este trabajo es reflejo de las ponencias presentadas por Eugenia Amoedo Lusquiños en las mesas redondas “Retos actuais en materia de discapacidade” y “Problemas xurídicos que teñen como protagonistas aos menores”.

ABSTRACT: *This paper is based on the presentations of Eugenia Amoedo Lusquiños, “Retos actuais en materia de discapacidade” (Current challenges concerning disability) and “Problemas xurídicos que teñen como protagonistas aos menores” (Legal issues concerning minors).*

PALABRAS CLAVE: cáncer, menores, discapacidade.

KEYWORDS: *cancer, minors, disability.*

SUMARIO: 1. LOS RETOS ACTUALES EN MATERIA DE DISCAPACIDAD. 2. PROPUESTAS DE MODERNIZACIÓN EN CUESTIONES QUE AFECTAN O AFECTARÁN A LA JUVENTUD EN GENERAL. 3. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA Y LEGISLACIÓN.

1. LOS RETOS ACTUALES EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

ASANOG, somos una asociación de carácter no lucrativo que nace en Mayo de 2012 a iniciativa de un grupo de padres con un denominador común, ser padres de un hij@ enfermo de cáncer y con una ilusión compartida, la de poder contribuir a mejorar la calidad de vida de los niños y niñas afectados por una enfermedad oncológica, realizando una labor psicosocial.

El tratamiento es intensivo, prolongado y complejo, en consecuencia es necesario fomentar, desarrollar y trabajar en iniciativas relacionadas con la calidad de vida del niñ@ y su familia.

Por ello, y en materia de discapacidade, que es la temática que nos ocupa, cabe destacar que la normativa estatal actual no contempla situaciones como la de discapacidade en la

que se encuentra el niño al ser diagnosticado y comenzar cualquiera de los tratamientos agresivos y prolongados que le van a proporcionar. Desde ese día, se interrumpen todas las actividades de su vida diaria como ir al colegio, jugar, relacionarse con otros niños, compartir ocio..., y en la mayoría de los casos este periodo se alarga entre uno y dos años. Dependiendo de las características de los tumores aparecen diferentes secuelas que en algunos casos se vuelven crónicas.

Esperar 6 meses a la finalización del tratamiento no se ajusta a las necesidades de este colectivo y priva a los niños y a sus familiares del acceso a los servicios y prestaciones a que tienen derecho.

Por ello, se han llevado, y se siguen llevando a cabo, iniciativas desde las que se ha solicitado una modificación legislativa del **Real Decreto 1971/1999 de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad**, incorporando en el capítulo 11, correspondiente a neoplasias, un apartado que recoja la obligatoriedad de reconocimiento del 33% de discapacidad a los pacientes de cero a 18 años diagnosticados de cáncer desde el momento en que se produce el diagnóstico.

La complejidad en esta materia viene dada por la falta de unanimidad y tiene su origen en que no hay un criterio coherente entre las distintas comunidades autónomas, respecto al procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

Hay algunas, como en la Comunidad Valenciana y Canarias, donde se les reconoce la discapacidad una vez que han pasado los seis primeros meses del tratamiento. En otras, como en Galicia, el trámite para el reconocimiento puede prolongarse hasta un año o año y medio después del tratamiento.

Aunque si es cierto que desde 2011, con el **Real Decreto 1148/2011**, miles de estos progenitores cuentan con una ayuda económica para poder cuidar a sus hijos con cáncer u otra enfermedad grave que requiera que un adulto esté al cuidado de su pequeño, hay que recordar que tener un menor enfermo requiere mucho tiempo y son muchos los padres que desde el minuto cero abandonan su trabajo, por la gravedad de la situación, sin saber que pueden contar con una prestación que les ayudará mucho. La ayuda llega a cubrir el 99,9 % de la base reguladora. Dicha presentación, se suele comunicar por parte del hospital o el médico a los padres afectados. Pero hay otra labor que va unida y es la de mejorar los canales de comunicación e información para que la ayuda llegue a más gente por otras vías, como desde la propia empresa.

En este punto, cabe señalar que existen situaciones reales no reflejadas en este Real Decreto, como el caso de matrimonio divorciado o separado, ni tampoco se reconoce a todos los progenitores ya que es requisito indispensable que ambos trabajen. Situación

que no se cumple en todos los casos, solo hay que ver la realidad social actual que vivimos en España.

En febrero de 2017, la Comisión de Sanidad y Servicios Sociales del Congreso de los Diputados aprobó por unanimidad una Proposición No de Ley (PNL) por la que se concede una discapacidad del 33% a los niños y adolescentes con cáncer desde el mismo momento del diagnóstico.

Este reconocimiento del 33% permitirá a los menores y a sus familiares acceso a una serie de ayudas y servicios como son: prestaciones económicas, tratamientos rehabilitadores, medios de adaptación en el hogar, apoyo educativo o ayudas al transporte, entre muchas otras a las que ahora tendrán derecho.

Hasta ahora, sin el reconocimiento del 33% de discapacidad, la situación no respondía a las necesidades de los enfermos de cáncer infantil y adolescente. Ya que como habíamos comentado al inicio, los menores sufren importantes limitaciones desde el primer día de su tratamiento, como no ir al colegio, relacionarse con sus amigos, compartir ocio...

Las familias tienen un incremento medio de gastos entre 400/600€ mensuales (desplazamientos, comidas fuera de casa, farmacia, etc.), que **podrá ser aliviado al acogerse a los derechos derivados del reconocimiento de discapacidad**.

Ante la aprobación reciente de la Proposición No de Ley mencionada, **aún quedan cabos por atar, y se solicita que se regulen:**

- 1. Indicaciones específicas para la concesión** de, como mínimo, un grado de discapacidad del 33%, con carácter revisable.
- 2. Criterios homogéneos en todas las CCAA**, tanto para los tiempos que se tardan en conceder la cita de valoración y en comunicar la resolución como para determinar el porcentaje de discapacidad que se concede.
- 3. Valoraciones no presenciales de la discapacidad** en los centros de valoración, con objeto de evitar riesgos a los afectados inmunodeprimidos, tomando en consideración el informe médico, el psicológico y el de trabajo social realizado por los Servicios Sociales o por los profesionales colegiados de las propias Asociaciones de Familiares.
- 4. Concesión de la tarjeta provisional de estacionamiento** desde el diagnóstico.

Asanog como miembro de *Federación Española de padres de niñ@s con cáncer* y en colaboración con ella y otras asociaciones de ámbito nacional con el mismo fin, han

llevado a cabo iniciativas con objeto de unificar las acciones en relación con la petición del 33% de discapacidad.

Actualmente ya existen dos actas aprobadas por los Grupos del Congreso, el de Discapacidad y el de Sanidad.

Lo que se pretende es que se apruebe en el máximo número de CCAA para luego **solicitar una Propuesta Legislativa, de obligado cumplimiento.**

Como sabemos, en cada CCAA, se necesita la aprobación en el Parlamento Regional.

Se han mantenido reuniones con los siguientes organismos:

1. Ministerio Sanidad, Secretaría de Estado SS e I. (Presidente) y Secretario Gral. de Sanidad.
2. Dirección General de Políticas de Apoyo a la Discapacidad.
3. COCEMFE Presidencia (lo transmitirá al CERMI).
4. IMSERSO, Subdirección General de Planificación y con la Dirección General.
5. Comisión de la Infancia del Congreso.
6. Grupos políticos a nivel estatal.

Confiamos en que en un periodo breve de tiempo, se consiga dar un mayor impulso a este gran paso para realmente mejorar la calidad de vida de los niñ@s y sus familias, ya que como hemos podido analizar existen vacíos legales y situaciones que no se recogen actualmente y son de extrema necesidad.

IMÁGENES DE LA CAMPAÑA DE DIFUSIÓN EN LOS MEDIOS PARA RECONOCIMIENTO DEL 33%





2. PROPUESTAS DE MODERNIZACIÓN EN CUESTIONES QUE AFECTAN O AFECTARÁN A LA JUVENTUD EN GENERAL

Actualmente, encontramos que existe legislación de ámbito internacional, en concreto del derecho europeo, relativa a la atención hospitalaria y que tiene como protagonistas a los menores enfermos de cáncer. Es algo fundamental tratar el tema de la oncología pediátrica.

Esta legislación se ha tomado como base para desarrollar, en cada país miembro de la Unión Europea, temas fundamentales como el de las **unidades asistenciales y cuidados paliativos**. La problemática en este aspecto se encuentra en la dificultad y lentitud respecto de la adaptación de los Hospitales y personal a los estándares marcados.

Para situarnos, en cuan importante es este y otros aspectos, recordar que el cáncer en España es una de las enfermedades con mayor relevancia social en términos de salud pública, recursos e impacto mediático y afectivo en la sociedad. Supone la segunda causa de muerte en la infancia y la adolescencia, superada únicamente por los accidentes, y es la primera causa de muerte por enfermedad en los mayores de un año de vida.

Aún así, gracias a los considerables avances experimentados en las últimas décadas, más del 75% de los niños y adolescentes tratados de cáncer pueden superar esta enfermedad, y ciertos tumores específicos pueden ser curados casi en su totalidad.

Si hablamos de cifras, actualmente se diagnostican en España aproximadamente 1.100 casos nuevos de cáncer en la infancia (edad 0-14 años) y más de 400 en adolescentes (15-19 años). No tiene prevención posible. Los factores para mejorar la supervivencia son la prontitud de los diagnósticos y el tratamiento en unidades asistenciales con experiencia.

Por y para ello, existen unos estándares y recomendaciones de unidades asistenciales del cáncer en la infancia y la adolescencia. Es uno de los objetivos fundamentales, **la creación de UNIDADES ASISTENCIALES DEL CÁNCER O CENTROS DE REFERENCIA**, una organización de profesionales sanitarios que ofrece asistencia multidisciplinar, cumpliendo unos requisitos funcionales, estructurales y organizativos, de forma que garantiza las condiciones de seguridad para atender las necesidades sanitarias asistenciales de los niños y adolescentes con cáncer. Como base para su desarrollo debemos basarnos en **los Estándares Europeos de Atención a Niños con Cáncer, fijados en Varsovia, el 14 octubre 2009.**

LOS ESTÁNDARES EUROPEOS DE ATENCIÓN A NIÑOS CON CÁNCER

1. Organización de Redes de Atención Integral a Niños y Adolescentes con cáncer y Enfermedades Hematológicas Graves. En cada País Desde hace tiempo se reconoce que la atención óptima a los niños, adolescentes y jóvenes adultos con cáncer se proporciona en centros de excelencia denominados habitualmente "centros de referencia" o centros principales de tratamiento. Los equipos involucrados en su cuidado tienen a su disposición servicios de diagnóstico completo, todos los medicamentos necesarios y los cuidados de apoyo para optimizar la supervivencia y minimizar la toxicidad. El número y la ubicación de estos centros de excelencia dependen de la población y la geografía del país. Se estima que por cada millón de habitantes menores de 18 años hay aproximadamente 130 a 150 casos de cáncer al año. Para justificar la inversión en los servicios multidisciplinarios necesarios para el tratamiento de los cánceres infantiles, un centro de tratamiento principal debería recibir al menos 30 nuevos pacientes al año, aunque algunos centros son mucho más grandes (hasta 200 o más). Para tratamientos muy especializados, como el trasplante de médula ósea, la cirugía compleja o la radioterapia, se necesita mayor especialización y la definición de circuitos de derivación de los centros de tratamiento más pequeños a los centros de referencia principales. Debe tenerse en cuenta también la geografía. Para asegurar que el paciente no tenga que recorrer distancias excesivas para recibir tratamiento, especialmente para proporcionar algunos aspectos de los cuidados de soporte y urgencias, es posible crear redes de expertos para oncología pediátrica. Estos sistemas de "atención compartida" están bien establecidos en muchos países europeos en los que el hospital local proporciona algunos aspectos de la asistencia cerca de casa, en colaboración con el centro de tratamiento principal.

2. Registro Nacional de Cáncer Infantil. Se recomienda el registro de cáncer de base poblacional para todos los países en todo el mundo para ayudar tanto en la planificación de los servicios como también para facilitar la investigación en incidencia, supervivencia, mortalidad y variación de los datos registrados internacionalmente. El contenido del conjunto de datos que deben ser registrados regularmente para cada paciente con cáncer, debe ser consensuado por los registros nacionales de cáncer.

3. Requisitos de una Unidad de Hematología y/o de Oncología Pediátrica Debe haber instalaciones disponibles dedicadas a aquellos pacientes que tienen un alto riesgo de padecer complicaciones infecciosas, particularmente aquellos con neutropenia prolongada. La unidad debe incluir habitaciones de una o, a lo sumo, dos camas para los pacientes más enfermos y éstas deben estar equipadas con lavabo y aseos incorporados. La sala general debe contener áreas designadas para actividades lúdicas y educativas. Si hay niños y adolescentes en la misma sala, deben acondicionarse espacios separados para los diferentes grupos de edad, pre y post pubertad.

El centro principal de tratamiento debe trabajar en colaboración con una red de hospitales cercanos a los hogares de los pacientes, para ofrecer algunos elementos de cuidados de apoyo y, posiblemente, tratamientos más simples en un modelo de "atención compartida".

4. Dotación de personal recomendada para la unidad de hematología y/o de oncología pediátrica. La dotación de personal requerida en la unidad debe estar basada en la actividad anual media, incluyendo la ocupación de camas, los asistentes a hospital de día y a consultas externas. El personal de la sala de hospitalización debe incluir:

1. Un oncólogo pediatra jefe y una enfermera jefe con los sustitutos adecuados;
2. Médicos apropiados a los números descritos a continuación;
3. Enfermeras suficientes para cubrir la carga de trabajo incluyendo un enfermero enlace que actúe de vínculo entre la unidad de tratamiento, los padres y la comunidad local;
4. Servicio de psicología;
5. Trabajadores sociales - número determinado por la carga de trabajo
6. Profesores del aula hospitalaria
7. Terapeutas de actividades y juegos;
8. Personal de fisioterapia y de terapia ocupacional;
9. Técnicos de laboratorio adecuados;
10. Auxiliares administrativos y administradores de datos;
- 11 Especialistas en rehabilitación;
12. Dietistas.

El centro principal de tratamiento empleará un mínimo de dos médicos a tiempo completo con experiencia y dos enfermeras a tiempo completo con experiencia, incluso cuando una unidad trate el número mínimo de 30 pacientes nuevos por año, con el fin de proporcionar cobertura cruzada durante las vacaciones anuales y las ausencias.

5. Desarrollo Profesional Continuado. Debería ser obligatorio que todos los miembros del personal recibieran formación profesional continuada, incluido el acceso a las actualizaciones de la investigación y de otras especialidades relacionadas con la

optimización del diagnóstico y la atención. Los recursos necesarios y el tiempo para la asistencia a las reuniones de capacitación y formación deben incorporarse en la programación para todo el personal.

Es responsabilidad del centro enviar a tales reuniones a médicos y otros profesionales del personal. Todas las unidades deben fomentar los vínculos con las organizaciones de padres/pacientes y reconocer su contribución fundamental en el apoyo a los padres de los pacientes recién diagnosticados, así como su apoyo a la atención prestada por el personal.

6. Componentes de la asistencia en un centro especializado. La asistencia integral a un niño o adolescente con cáncer incluirá habitualmente:

1. Sala de hospitalización
2. Hospital de día
3. Consultas externas
4. Tiempo en casa, lo que implicará, inevitablemente, la colaboración de los médicos de atención primaria, la escuela del niño y los servicios comunitarios y sociales en el área local.
5. Instalaciones residenciales ("casa fuera del hogar ") para los padres y otros familiares.
6. Administración del tratamiento terapéutico

- En el tratamiento de jóvenes con cáncer, debe implementarse el programa terapéutico mejor y más actualizado, organizado sobre la base de la cooperación multicentro. Los programas deben ser elaborados por equipos de expertos multinacionales basándose en los resultados de las últimas investigaciones clínicas y en el conocimiento actual de la biología del cáncer, en la farmacocinética de las medicaciones y en la conocida toxicidad en los niños.

- Cada país debe tener una red de investigación en cáncer infantil que recomiende el protocolo óptimo de tratamiento adecuado para cada tipo de cáncer y que actualice estas recomendaciones con regularidad, de acuerdo con los resultados de la investigación emergente.

- Si el tratamiento óptimo absoluto no está claro, debe estimularse la participación en un ensayo clínico aleatorio entre el tratamiento más conocido y un nuevo enfoque. En cada país habrá una organización de investigación que organice o recomiende tales 17 ensayos clínicos para optimizar la atención y maximizar la supervivencia para cada tipo de tumor.

- Se requerirá la autorización/consentimiento de los padres y el paciente para la participación en cualquier programa de investigación de ensayos clínicos, de acuerdo con la legislación nacional.
- Cada país tiene un sistema de asistencia sanitaria diferente. En general, ya sea el propio Estado o las compañías de seguros, se deberá reembolsar totalmente los gastos relacionados con la aplicación del tratamiento de acuerdo con el programa terapéutico recomendado.
- Para algunas situaciones de diagnóstico, en especial para los tumores muy raros, la única opción de tratamiento es siguiendo un protocolo recomendado por un grupo de expertos. Estos pueden aplicarse en el contexto de un estudio liderado por un investigador, no siendo considerado como un ensayo clínico en todos los Estados miembros de la UE. Deben proporcionarse las instalaciones pertinentes para dar apoyo a tales tratamientos y su registro en estudios multinacionales.
- El centro está obligado a conservar la documentación clínica detallada del programa terapéutico de los pacientes tratados en ensayos clínicos, de conformidad con las leyes nacionales. Deben proporcionarse los recursos suficientes para el procesamiento de datos y los informes de seguridad, contratar un número apropiado de personal cualificado y garantizar la formación adecuada del personal.

8. Seguimiento de las secuelas tardías del cáncer. Para los supervivientes de cáncer infantil, es muy importante, para que haya un adecuado seguimiento a largo plazo de las secuelas, que se incluya, no sólo la supervivencia, sino también la calidad de vida y la documentación sobre la toxicidad a largo plazo del tratamiento. Para cualquier persona, la programación de la forma de hacer el seguimiento y en qué intervalo de tiempo, debe ser consensuada por el equipo y la familia al terminar el tratamiento, en función de los riesgos de recaída y de la toxicidad conocida. La naturaleza del seguimiento estará sujeta al tipo de tumor y al tratamiento administrado. No debe ser tan intrusivo como para influir negativamente en la capacidad del paciente para recuperarse del diagnóstico y del tratamiento de cáncer.

9. Atención Psicológica y Psicosocial. El diagnóstico de un niño con cáncer es extremadamente perjudicial para la familia y pone en crisis incluso a la familia más equilibrada. El tratamiento produce grandes cambios en la vida cotidiana y, por supuesto, impacto físico y psicológico en el niño y otros miembros de la familia. El diagnóstico y el tratamiento reducen, con frecuencia, la autoestima del niño, lo distancian de sus compañeros y requiere claramente, en muchos casos, la ayuda de un psicólogo. Se debe ofrecer apoyo psicológico a cada niño o joven con cáncer y a su familia. Este apoyo psicosocial es una parte integral del tratamiento de niños y adolescentes con cáncer y de sus familias. Este apoyo requiere, generalmente, un

psicólogo clínico, un trabajador social y un maestro/terapeuta de juego. En ocasiones, el equipo puede necesitar también un psiquiatra o un psicoterapeuta, traductores cuando hay problemas con el idioma e incluso un guía espiritual para ayudar a la familia en el proceso. La calidad de vida del paciente y la familia puede beneficiarse con:

- a) Asistencia social, psicológica y educativa planificada;
- b) Comunicación exhaustiva de la información sobre la enfermedad, su tratamiento y el impacto en la familia;
- c) Información dada a los niños, apropiada a su nivel de comprensión;
- d) Seguimiento para que niño permanezca activo y continúe con su vida con la mayor normalidad posible, dadas las circunstancias del tratamiento, con el estímulo de todo el equipo.
- e) Una vez finalizado el tratamiento el equipo tiene la obligación de garantizar que el niño se reintegra en la escuela y la sociedad en general.

10. Cuidados paliativos. Cuando un niño está en fase terminal, puede ser apropiado que él y su familia reciban asistencia de un equipo multidisciplinar de cuidados paliativos. En este caso, es necesaria una comunicación excelente entre el equipo de tratamiento y el equipo de cuidados paliativos.

11. Derechos del niño hospitalizado. El niño que ha sido hospitalizado por cáncer en la Unión Europea debe tener unos derechos claramente definidos:

1. Implicación constante y continua de los padres. El niño tiene derecho a la ayuda constante de sus padres durante todo el proceso de tratamiento. Los padres desempeñan un papel crucial en la terapia. Ellos son los mejor situados para entender las emociones de sus hijos y, con ayuda, disminuir el estrés que el niño experimenta durante el tratamiento. Debe establecerse una estrecha colaboración entre el paciente, su familia y el equipo médico y de enfermería para llevar a cabo el “Plan de tratamiento”. También es muy importante, siempre que sea posible, asegurar que el paciente tiene contacto continuo con sus hermanos y compañeros, con el fin de mantener, en la medida de lo posible, un grado de normalidad a pesar del diagnóstico de cáncer y su tratamiento.

2. Alojamiento adecuado para los padres en el hospital. Los padres deben estar con el niño en todo momento. La sala de hospitalización debe contener instalaciones adecuadas: cocina, baño para los padres y camas en o muy cerca de la sala. Es importante asegurarse de que los padres logran dormir y descansar lo suficiente para ser un miembro útil y de apoyo del “Equipo de Atención”.

3. Instalaciones lúdicas y educativas. Todos los niños ingresados en el hospital tienen derecho no sólo a la educación, sino también a disfrutar de actividades recreativas propias de su edad. Estas son esenciales para mantener un grado de

normalidad y para continuar con el desarrollo social y educativo del niño a lo largo de su etapa con cáncer. Dentro de la sala, debe haber una habitación dedicada a la educación y una habitación separada disponible para el descanso y el juego. Debe haber fondos tanto para los materiales, como para el personal que proporcione estos servicios.

4. Entorno apropiado para su edad. Es muy importante que el niño esté en un entorno en el que haya niños de su misma edad y etapa de desarrollo. Por lo tanto, si dentro de una unidad se trata a un amplio rango de edades, entre 0 - 16 o incluso 18 años, se deben crear instalaciones especiales para los mayores, separadas de las de los niños más pequeños. No es adecuado tener pacientes de un amplio rango de edad en la misma zona de la sala de hospitalización.

5. El derecho a la información apropiada. El suministro de información debe priorizarse, utilizando cuidadosamente el lenguaje apropiado, identificando al lector, es decir, el niño y/o sus padres, entendiéndolo que en momentos de estrés emocional, los pacientes y los padres no siempre escuchan lo que se les dice. Por lo tanto, la repetición de cualquier comunicación puede ser necesaria, con el apoyo de información escrita clara y comprensible. Sin embargo, el personal debe tener en cuenta los distintos niveles educativos y a aquellos para los que el idioma nacional no es su lengua materna. Es importante disponer de documentación de apoyo, escrita o visual, pero ésta no será un sustituto de la comunicación oral buena, clara y precisa. Cualquier conversación referente al tratamiento debe ser realizada en un espacio separado, privado y tranquilo, que facilite una buena comunicación y reduzca el riesgo de malentendidos.

6. Un equipo de tratamiento multidisciplinar: Maestros, terapeutas de juego y psicólogos son los que están involucrados en el desarrollo continuo del niño durante todo el tratamiento en el hospital. Ellos deben tener los conocimientos necesarios y la predisposición para ayudar a los pacientes durante este tiempo y saber que su papel es tratar de minimizar, en un niño pequeño, el impacto negativo de tener un diagnóstico de cáncer y su tratamiento.

7. El derecho a la asistencia continuada. El niño tiene derecho a la asistencia continuada en todo el proceso de tratamiento y a ser informado sobre los riesgos para la salud a largo plazo de su cáncer y su tratamiento. Se recomienda la continuación del tratamiento o seguimiento en el mismo centro médico, más allá del corte normal aplicado a la edad pediátrica. Debe consensuarse los procedimientos para la transición a los servicios de adultos del proceso de seguimiento del niño y adolescente, siempre que sea apropiado y necesario.

8. El derecho a la intimidad. Es esencial que la intimidad de los niños sea respetada durante su estancia en el hospital. Esto incluye el acceso a espacios tranquilos

para las conversaciones con los padres/pacientes en los momentos críticos del proceso de tratamiento.

9. Respeto de los derechos humanos. Las diferencias culturales, lingüísticas y raciales deben ser respetadas.

12. Asistencia Social. El apoyo social al niño y su familia debe comenzar en el momento del diagnóstico y ser monitorizado durante el proceso de tratamiento del paciente. Los problemas sociales y económicos pre-existentes de la familia deben ser evaluados en el momento del diagnóstico y elaborar la base del apoyo familiar personalizado. En el hospital, se deberá proporcionar información acerca del apoyo social, de las organizaciones y de los fondos para ayudar a la familia en los momentos de crisis. Los servicios sociales deben ser capaces de proporcionar apoyo a los pacientes, hermanos y familias en general, de compensar la pérdida de ingresos y el aumento del gasto en este difícil momento. También es conveniente que los servicios sociales de apoyo proporcionen una cierta normalidad de vida organizando actividades y vacaciones en familia. Los trabajadores sociales y otras organizaciones que ofrecen apoyo social representan un enlace necesario entre el personal médico y de enfermería y las familias, ayudando en la tramitación de los formularios necesarios para obtener apoyo económico, en la participación en actividades que normalizan la vida y en la resolución de los problemas sociales. Tienen un papel muy importante ayudando a la familia a acceder a todas las 22 formas de apoyo para minimizar el trastorno impuesto por el diagnóstico de cáncer en un niño o joven.

13. Educación. El mantenimiento de la educación continua es fundamental para el desarrollo físico y psicológico. La escuela no es sólo el lugar para adquirir conocimientos, sino también donde se desarrollan las relaciones, se inculcan los valores y se incrementa la confianza del paciente. La educación debe continuar mientras el paciente está en el hospital y debe ser dirigida por maestros cualificados. El programa educativo que el niño estaba alcanzando debe continuar. Los maestros y los trabajadores sociales pueden garantizar que esto ocurre estableciendo una estrecha relación con la escuela del niño. Una vez que el niño regresa a casa y pasa más tiempo como paciente ambulatorio o asistiendo a hospital de día, es muy importante que haya continuidad y que el niño vuelva a la escuela lo más pronto posible. El maestro del hospital puede actuar como enlace y contactar con la escuela para informar sobre la evolución educativa del niño mientras estaba hospitalizado.

14. El papel fundamental de los padres. Los padres juegan un papel fundamental no sólo apoyando a sus hijos en la superación de la enfermedad, sino también pueden contribuir significativamente en el proceso de diagnóstico y el tratamiento. El niño necesita la ayuda de sus padres para superar el tratamiento con un mínimo de efectos psicológicos, mantener su autoestima, proporcionar un sentimiento de esperanza y

reducir el estrés todo lo posible, manteniendo un cierto grado de normalidad. Durante la difícil y a veces traumática primera etapa del tratamiento, los padres juegan un papel imprescindible proporcionando cariño, apoyo y aliviando el dolor relacionado con el diagnóstico y tratamiento. Esto es especialmente importante en procedimientos dolorosos o, por ejemplo, cuando hay problemas de nutrición y es necesario cierto grado de alimentación artificial. Si un paciente está en aislamiento, puede sentirse especialmente en tensión y los padres pueden desempeñar un papel esencial para aliviarle. Para ayudarles es importante que sientan que son parte del equipo y que pueden ser apoyados, mientras avanzan en el proceso de ayudar a su hijo. En este sentido, es fundamental que estén disponibles las instalaciones necesarias, incluyendo un área para relajarse cuando el niño está descansando, cocina, cuarto de baño y la capacidad de tener acceso a bibliografía informativa específica sobre la enfermedad, así como información sobre las organizaciones existentes que pueden ayudarles a superar este período, a menudo, traumático. La comunicación es la clave para ayudar a los padres de un niño enfermo. Los padres necesitan sentirse apreciados y saber que el personal médico y de enfermería les considera como socios en el "equipo de atención", jugando un papel vital en ayudar al niño en su enfermedad.

15. Rehabilitación. Si un niño está en el hospital por un período de tiempo indeterminado recibiendo medicamentos que afectan a los músculos y, en particular, a los nervios de las extremidades inferiores, necesitará una buena estimulación para estar activo, aumentar la movilidad y superar los efectos de los medicamentos. La rehabilitación es necesaria desde el momento del diagnóstico debido a la quimioterapia y a cualquier tipo de cirugía, en un esfuerzo por minimizar los efectos físicos de los citotóxicos específicos y debe continuar después de terminado el tratamiento, para minimizar la toxicidad a largo plazo. Una vez más los padres son fundamentales para ayudar en este aspecto de la terapia. La participación de los fisioterapeutas y los terapeutas ocupacionales puede minimizar las consecuencias a largo plazo del tratamiento incluyendo el tiempo en el gimnasio y asistiendo en la recuperación de enfermedades como miopatía y neuropatía. Se debe prestar especial atención a las necesidades de rehabilitación adicionales de los niños con tumores cerebrales.

LOS CUIDADOS PALIATIVOS EN LA UNIÓN EUROPEA

En el año 2007 el Comité del Parlamento Europeo sobre Medio Ambiente, Salud Pública y Seguridad Alimentaria encargó al Departamento de Política Científica y Económica de la Unión Europea un estudio externo sobre los cuidados paliativos en Europa. Los resultados se plasmaron en un análisis de la situación de los cuidados paliativos haciendo referencia explícita a los cuidados paliativos pediátricos.

En el documento se destaca que **“los cuidados en el hogar es lo que la mayoría de las familias quieren y que ese debería ser el modelo para todos aquellos que prestan**

cuidados paliativos pediátricos.” El Parlamento Europeo reconoce que “proporcionar soluciones efectivas para las necesidades de los cuidados paliativos a los niños no es una tarea fácil y que es esencial la organización de redes específicas donde trabajen equipos interdisciplinarios pediátricos expertos en estrecha colaboración con otras redes locales de atención primaria y hospitales”.

Aunque la mayoría de los países no prestan cuidados paliativos pediátricos especializados de forma estructurada y universal, se están llevando a cabo importantes iniciativas que sugieren que este aspecto de los cuidados paliativos está adquiriendo más reconocimiento.

II PLAN ESTRATÉGICO NACIONAL DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA 2013-2016

El 5 de abril de 2013 fue aprobado por el Consejo de Ministros. En este Plan se define “Niño” o “Infancia” hasta la edad de 18 años, de acuerdo a lo previsto en el artículo 12 de la Constitución Española y el artículo 1 de la Convención de los Derechos del Niño, que está en consonancia con las últimas reglamentaciones españolas en materia sanitaria.

Entre los objetivos que se plantean, está el de “promover acciones para alcanzar el máximo desarrollo de los derechos a la salud pública de niños y adolescentes, desde la promoción de la salud hasta la rehabilitación, dando prioridad a las poblaciones más vulnerables”, así como “proporcionar a la población infantil y adolescente con enfermedad en fase avanzada terminal y a sus familiares, una valoración y atención integral adaptada en cada momento a su situación, en cualquier nivel asistencial y a lo largo de todo su proceso evolutivo.”

En este documento se destacan las principales Directrices que son:

- El Interés Superior del Menor
- El Principio de No Discriminación
- El Principio de Participación del Menor adecuada a su edad

Los cuidados paliativos son una forma de prestar asistencia centrada en las personas. En Cuidados Paliativos Pediátricos (CPP) las personas son el niño, su familia y los profesionales que los atienden, sin olvidar su entorno escolar.

Contemplar al niño como persona supone entender la multidimensionalidad de un sujeto que tiene una identidad y una dignidad propias, pertenece a una cultura determinada, detenta o asume una serie de valores propios o familiares y está sostenido por una red de vínculos humanos, materiales y espirituales.

Atenderle de forma integral supone, por tanto, tener en cuenta tanto los problemas objetivos como las necesidades que presenta y manifiesta en las diferentes esferas de su persona: física, psicológica, espiritual y social. Esta asistencia debe prestarse donde el niño y la familia decidan permanecer siempre que existan los recursos para llevarlos a cabo. La atención en domicilio supone un impacto positivo en la calidad de vida del niño ya que reduce la sensación de miedo, aislamiento y desamparo y ofrece importantes oportunidades de comunicación y socialización. Además, otros miembros de la familia pueden compartir responsabilidades en los cuidados. Hay que tener en cuenta la participación de los hermanos del paciente en los cuidados. Es preciso fomentarla y atender los posibles sentimientos de culpa y soledad, ya que, durante el proceso de enfermedad y fallecimiento, los hermanos sufren y ven alterados sus vínculos y relaciones familiares.

Tomado como base las directrices europeas, las Comunidades Autónomas deben elaborar las especificaciones necesarias para que la población pediátrica que lo precise, reciba la atención de Cuidados Paliativos que se contempla en la Cartera de Servicios. Las Comunidades Autónomas, desarrollarán dentro de los Planes Integrales de Cuidados Paliativos en su comunidad, un apartado específico a los Cuidados Paliativos Pediátricos. Las Comunidades Autónomas contarán, al menos, con un equipo interdisciplinar pediátrico de referencia con formación específica que evalúe a los niños que requieren cuidados paliativos y organice su asistencia en el lugar más adecuado. En función de las realidades geográficas, la población, los recursos sanitarios disponibles y el volumen de pacientes se pueden establecer redes con equipos de otras Autonomías limítrofes para prestar la mejor atención al paciente y su familia. La atención domiciliaria de los pacientes pediátricos en cuidados paliativos se realizará por medio de equipos específicos pediátricos o mediante otros recursos de la red asistencial como puede ser equipos avanzados con formación en cuidados paliativos pediátricos. Habrá, al menos, atención telefónica 24 horas al día, los 365 días del año, para pacientes, familias y profesionales. Criterios de Modelo Organizativo La continuidad asistencial entre los diferentes niveles se potenciará mediante la figura del médico responsable, el gestor de casos, u otros. Si los cuidados paliativos se están prestando en una Unidad de Cuidados Intensivos Pediátrica, facilitar el acompañamiento 24 h. (Aprobada esta medida por el Consejo Interterritorial de fecha 23 de junio 2013). Los ingresos hospitalarios se realizarán, en habitaciones individuales para mantener las condiciones de privacidad e intimidad necesarias.

Las Comunidades Autónomas deben desarrollar programas para facilitar periodos de respiro al cuidador en centros de día, programas de respiro domiciliario o centros de cuidados. Se facilitarán los mecanismos administrativos que permitan la citación y la prestación de cuidados a la familia tras el fallecimiento. Se promoverá

la creación y unificación de protocolos de actuación en el territorio/ámbito nacional.

3. CONCLUSIONES

La situación del niño oncológico y sus familias es una situación atípica y sobrevenida, para la que no existe prevención alguna y cuyo diagnóstico desde el principio es claro.

Por ello, es necesario el reconocimiento a nivel estatal de ese 33% de discapacidad, fundamentalmente para ayudar a que el niño@ y su familia tengan una ayuda a la hora de cubrir todo tipo de necesidades que surgen durante el tratamiento.

Respecto de la atención sanitaria, el criterio mayoritario de los profesionales de la oncología pediátrica a nivel internacional es que la mejor asistencia al niño oncológico es la que se presta en los centros de excelencia, también denominados centros de referencia.

La Sociedad Internacional de Oncología Pediátrica (SIOP) y la mayor parte de los estudios y tratados recomiendan la creación y la viabilidad de una unidad en oncología pediátrica cuando el número anual de nuevos casos es de, al menos, 30.

Los datos estadísticos notificados al RNTI y las previsiones de nuevos casos, indican que el número de casos que se tratan en la Comunidad Autónoma de Galicia justifican la creación de un centro de referencia, que además se justificaría exclusivamente por el hecho de ser el único que daría servicio a toda la Comunidad.

Al menos, en Asanog, no tenemos constancia de que ningún profesional de las diversas especialidades con los que nos hemos entrevistado manifieste objeción alguna a la existencia de una unidad de referencia.

Y finalizar señalando que ya el **Plan Oncológico de Galicia 2002-2005** recogía: “En nuestra comunidad **ha de existir una Unidad de Oncología Pediátrica de referencia, con una función clara de coordinación entre los distintos centros de tratamiento infantil**, con capacidad suficiente para realizar o confirmar diagnósticos y ofrecer así una asistencia de la mayor calidad posible”.

Buscar el bienestar de los menores diagnosticados de cáncer y sus familias es el objetivo principal, realizar una labor psicosocial, la cual está legalmente respaldada tanto a nivel nacional como internacional. Se trata de un derecho que debemos seguir protegiendo y garantizando, por ello se seguirá trabajando para que cada Comunidad Autónoma desarrolle los criterios ya recogidos para que el mecanismo funcione de manera coordinada y fluida.

BIBLIOGRAFIA

Cuidados paliativos pediátricos. Guía criterios de atención. Texto original Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Federación Española de Padres de Niños con Cáncer (FEPNC), 2015.

Los problemas de la enfermedad oncológica infantil, Guía para padres. Carlota Calvo, Ana Carbone, Gemma Sevillano, José Antonio Celma Juste, ASPANOA, Asociación de Padres de Niños Oncológicos de Aragón, 2006.

Niños diagnosticados con cáncer, cómo afrontar el diagnóstico, Guía de Recomendaciones, Sociedad Americana Contra El Cáncer, American Cancer Society, 06/06/2015.

Guía de Ayudas Sociales y servicios para las familias 2015. Guía cuyo objetivo es facilitar información a las personas que tienen responsabilidades familiares sobre las prestaciones, beneficios y servicios que tienen a su disposición en el ámbito de la Administración General del Estado. Ministerio de sanidad, servicios sociales e igualdad.

LEGISLACIÓN

Real Decreto 1971/1999 de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

Estándares Europeos de atención a Niños con Cáncer, Varsovia, 14 octubre 2009.

II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2013-2016. Aprobado el 5 de abril de 2013 por el Consejo de Ministros.

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.



XUNTA DE GALICIA
CONSELLERÍA DE POLÍTICA
SOCIAL

Dirección Xeral de Xuventude,
Participación e Voluntariado



iniciativa xove