

GIURISPRUDENZA E DOTTRINA NELL'EVOLUZIONE DELLA TEORIA DEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI E DELL'ORDINAMENTO SPORTIVO IN PARTICOLARE

Matteo Nuzzo

Il dialogo tra giurisprudenza e dottrina non è sempre agevole e purtuttavia è un rapporto necessario e sempre evolutivo. Rapporto che non si pone sul piano della parità “dei coniugi”, per riprende la provocazione contenuta nel titolo dell'incontro, data la diversità di ruolo e di contenuto dei due soggetti l'una chiamata a decisioni pratiche su casi concreti e l'altra alla ricerca ed alla costruzione delle diverse soluzioni possibili compatibili con l'ordinamento giuridico.

Dialogo che trova ancora oggi una delle sue più profonde rappresentazioni e massima potenzialità dei suoi risultati nel campo della teoria degli ordinamenti ed in particolare nella configurazione dell'ordinamento sportivo.

Elaborazione dottrinale di Santi Romano, come noto, dell'inizio del secolo scorso integralmente recepita dalla giurisprudenza come soluzione al problema della non punibilità delle condotte sportive attraverso la creazione di un'area autonoma di irrilevanza per l'ordinamento generale dello Stato dei fatti che esauriscono i propri effetti nell'ordinamento sportivo e che pertanto trovano soluzione e rimedi in questo.

Nel tempo tuttavia, in particolare in conseguenza dell'evoluzione del fenomeno economico connesso alle attività sportive, si è posto il problema della correttezza del contenimento degli effetti dell'azione o dell'evento sportivo all'interno di questo ordinamento emergendo con sempre maggior frequenza la necessità di una valutazione di determinati fatti anche da parte dell'ordinamento generale e ciò quando gli stessi siano idonei ad incidere sui diritti soggettivi dell'atleta in particolare nel campo della tutela del lavoro e della salute.

In questi casi, la giurisprudenza è stata chiamata all'individuazione dei meccanismi di interazione tra ordinamento sportivo ed ordinamento generale affermando la duplice rilevanza di condotte, azioni o eventi i cui effetti non restano circoscritti nel primo finendo inevitabilmente per coinvolgere il secondo.

Questa soluzione è stata fortemente sollecitata dalle azioni giudiziarie intraprese dai tecnici del diritto, il cui contributo è a sua volta una parte della dottrina, per la tutela dei propri assistiti in tutte quelle situazioni in cui le soluzioni offerte dall'ordinamento sportivo non risultavano sufficientemente appaganti.

A questa stagione di apertura del sistema è seguita un'ulteriore regolazione da parte dell'ordinamento dello Stato del fenomeno sportivo e dei confini tra i due ordinamenti, i cui risultati di nuovo sono tuttavia messi in discussione in questi giorni dall'ordinanza Consiglio di Stato n. 01006 del 12 Febbraio 2019 la quale ha investito la Corte di Giustizia Europea sulla questione della natura pubblica o privata della Federazione Italiana Giuoco Calcio ai fini dell'assoggettabilità di questa al Codice degli Appalti.

LA FALTA DE DIÁLOGO ENTRE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA EN EL ÁMBITO DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL DE LOS GITANOS

Cristina Hermida del Llano

Autoridades públicas de todos los niveles de gobierno en España han situado en su agenda la inclusión social de la población gitana desfavorecida desde la puesta en marcha de la Estrategia Nacional para la Inclusión Social de la Población Gitana (2012-2020), que incide en cuatro áreas clave: educación, empleo, vivienda y salud. Aquí se analiza la relación existente entre la doctrina y la jurisprudencia

española en el ámbito de la discriminación racial de los gitanos, tratando de demostrar cómo la jurisprudencia española no ha mostrado siempre una actitud receptiva y dialogante con la doctrina. Para ello se parte del examen de algunas sentencias relevantes que revelan una actitud *race blind*, indiferente al factor étnico. Concretamente, aquí se someten a análisis la sentencia del Tribunal Supremo 58/2018 de veinticinco de enero de 2018 y la sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, de 16 de abril, que fue recurrida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y que terminó con un fallo del Tribunal de Estrasburgo condenatorio a España.

El pormenorizado examen jurisprudencial y la constatación de la falta de diálogo con la doctrina en el ámbito de la discriminación racial de los gitanos en España nos conducen a afirmar que todavía tenemos ante nosotros grandes retos para conseguir arribar a una sociedad verdaderamente inclusiva en la que la diversidad no sea considerada como una mera amenaza sino como una auténtica fuente de riqueza.

EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL DEFENSOR DEL PUEBLO CONTRA LA NUEVA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS Y LA STC 76/2019, DE 22 DE MAYO

Laura Villalba Cano

RESUMEN: El 5 de diciembre de 2018 fue finalmente aprobada, tras una larga y compleja tramitación legislativa, la nueva Ley 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que implementa el Reglamento General de Protección de Datos y completa su desarrollo en aquellos aspectos en los que la norma europea se remite a las legislaciones nacionales. En concreto, la Disposición final tercera de esta ley introdujo una modificación en la ley electoral en virtud de la cual se introducía un nuevo artículo –art. 58 bis– relativo a la utilización de medios tecnológicos y datos personales en las actividades electorales. Sin embargo, tras la publicación de la ley, un grupo de particulares y de asociaciones de la sociedad civil propusieron al Defensor del Pueblo que presentase un recurso de inconstitucionalidad contra este nuevo artículo, recurso que ha dado lugar a la STC 76/2019, de 22 de mayo, que concluye declarando su inconstitucionalidad. El objetivo de nuestro trabajo es analizar los distintos argumentos en los que basan la inconstitucionalidad del artículo los particulares y las asociaciones que propulsaron la interposición del recurso, así como el Defensor del Pueblo, y aquellos que finalmente sustentaron la decisión del TC, a fin de encontrar posibles similitudes o discrepancias.

MÁS ALLÁ DE LA JUSTICIA COMO EQUIDAD: RECONOCER EL BIEN DEL OTRO

María Teresa Cid Vázquez

Desde Hobbes a Rawls, el pensamiento político moderno y contemporáneo sigue en gran parte todavía en la línea del contractualismo: la sociedad se debe basar fundamentalmente en la justicia y la libertad, lo que implica que se debe ocupar sobre todo de preservar básicamente la capacidad autónoma de elección de los sujetos independientemente de cuál sea su concepción del bien y, en todo caso, establecer reglas para armonizar los bienes discrepantes. Se da así primacía a los sistemas procedimentales tratando de determinar la estructura social por la sola justicia. Una justicia que se autoconstituye a sí misma mediante un procedimiento acordado, de tal modo, que ni siquiera se hace una referencia sustantiva al bien para poder determinar los contenidos concretos de la justicia. La vida democrática no puede reducirse a una serie de procedimientos, es necesario definir un espacio abierto de participación. Por ello volver a la primacía del bien sobre la justicia es un argumento definitivo para poder comprobar el papel del amor en el origen de todo acto de justicia.

CRISIS DE LA PENA DE PRISIÓN

María José Nicolás Zamora

La pena de privación de libertad, sin negar los efectos nocivos de la prisión, sigue siendo necesaria para defender a la sociedad y los valores fundamentales frente a los delincuentes más peligrosos. Sin embargo, los inconvenientes de la pena de prisión y las tasas de reincidencia, valoradas como fracaso de la finalidad resocializadora de la pena, han producido durante los últimos años un movimiento de política penal que trata de reducir la aplicación de las penas privativas de libertad, buscando métodos sustitutivos para determinados delincuentes.

La doctrina desde hace años venía aconsejando la aplicación de medios sustitutorios que fueran igual de idóneos para proteger a la sociedad de los delincuentes debido a los perniciosos efectos de las penas privativas de libertad de corta duración. Sus efectos desocializadores y criminógenos sobre el delincuente exigían el establecimiento de medidas alternativas.

Ordenamientos de muchos países utilizan la “remisión condicional”, conocida tradicionalmente como “sursis”, que consiste en que después de pronunciada la declaración de culpabilidad y la pena, se suspende la ejecución de la pena impuesta bajo determinadas condiciones que el condenado acepta.

Esta orientación llevó al establecimiento de dos instituciones específicas en nuestro Código Penal español, la suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad, orientadas a evitar el ingreso en prisión del penado, si se cumplen las condiciones exigidas para su aplicación. Tras la reforma del Código Penal por la LO 1/15, de 30 de marzo se modifica la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena, que tiene como finalidad dotarla de mayor flexibilidad y facilitar una tramitación más rápida en la fase inicial de la ejecución de las penas de prisión.

El fundamento de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad de corta duración radica en evitar los previsibles daños sociales como es la criminalización, que puede tener lugar en la prisión en casos en los que la corta duración de la pena no permite un tratamiento resocializador. Existen alternativas a la pena de prisión como la imposición de penas privativas de derechos como puede ser el trabajo en beneficio de la comunidad, la imposición de la pena de multa, o de la pena privativa de libertad de localización permanente.

LA CIENCIA JURÍDICA EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO

Luis Cayetano Aparicio Rodríguez

La expresión Ciencia jurídica, ciencia del Derecho, adolece de una importante ambigüedad. En mi intervención la usaré como sinónima de Dogmática jurídica, Jurisprudencia, Doctrina jurídica, a pesar de los matices: la actividad de los juristas teóricos: civilistas, penalistas, laboristas, constitucionalistas....El objeto de la misma son las disposiciones vigentes de un Ordenamiento jurídico.

El término, el neologismo NEOCONSTITUCIONALISMO emerge en la Teoría del Derecho y en la Dogmática Constitucional en la última década del siglo pasado.

La paternidad y difusión del término (en España, Italia, otros países europeos, Latinoamérica) se la debemos a la filosofía del derecho italiana, a la Escuela de Génova. Acuñan esta expresión para subrayar, para poner de manifiesto los rasgos comunes a las Teorías del Derecho contemporáneas críticas con el positivismo jurídico, (R.Dworkin, R.Alexy, C.S. Nino, G. Zagrebelsky, L. Ferrajoli, M.Atienza, A.García-Figueroa), teorías del Derecho no positivistas, pero tampoco iusnaturalistas. Con tal término suelen referirse a una Third Theory of Law, una tercera Teoría del Derecho entre iusnaturalismo(s) y positivismo jurídico en, siguiendo a N Bobbio, sus diferentes versiones (como ideología, como teoría, como aproximación metodológica).

Una vez revisados los usos de la expresión,

1. Como forma de Estado de Derecho (Estado Constitucional de Derecho),
2. Como cultura jurídica,
3. Como Teoría del Derecho,
4. Como actitud ideológica y axiológica de adhesión moral al Estado Constitucional de Derecho,
5. Como aproximación metodológica para acercarse al análisis del Derecho y a su conocimiento,

me detendré en la aproximación metodológica para ofrecer algunas reflexiones y propuestas para construir la dogmática jurídica en la cultura de la constitucionalización del Ordenamiento jurídico:

1. LA TEORIA DE LA CIENCIA JURIDICA QUE PROPONE EL POSITIVISMO JURIDICO NO SIRVE PARA DAR CUENTA DEL DERECHO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Para el positivismo jurídico, el objeto de la Ciencia Jurídica, el estudio del Derecho positivo, consiste en un metadiscurso de los textos normativos (lenguaje objeto). Un metalenguaje descriptivo que tiene por objeto un lenguaje prescriptivo. Describir, no valorar. Una actividad neutral guiada por el principio de la avaloratividad (M. Weber).

Para el neoconstitucionalismo sin embargo,

el ordenamiento jurídico, el texto bruto (Robles), es un artefacto lingüístico con un alto grado de indeterminación semántica (García Amado).

Lo pueblan principios, valores, derechos, plasmación jurídica de pautas que tienen indudablemente un carácter moral. La moral ha emigrado al interior del Derecho positivo (Habermas).

Los teóricos neoconstitucionalistas mantienen posiciones diferentes respecto de la tarea interpretativa.

Se reconocen los desacuerdos interpretativos, que todas las disposiciones pueden tener más de un sentido, pero se destaca que entre los diferentes sentidos siempre hay uno objetivamente mejor desde el punto de vista moral. La única respuesta correcta. One right answer. R Dworkin.

Los desacuerdos interpretativos son desacuerdos morales.

Los juristas dogmáticos eligen un sentido entre los diversos significados posibles y lo proponen a los órganos de aplicación.

Es verdad que aquí habría que distinguir entre la interpretación de la legislación ordinaria y la interpretación constitucional...que Dworkin, por ejemplo, entiende como una lectura moral de la Constitución.

Conocer lo que el Derecho dispone, interpretar el Derecho exige una argumentación moral a partir de principios que imposibilita que la ciencia jurídica pueda ser concebida como un saber descriptivo, neutral, avalorativo, distanciado.

2. LA CIENCIA JURIDICA EN EL PARADIGMA NEOCONSTITUCIONALISTA ES FIDUCIARIA DE LA CONCEPCIONES DEL DERECHO PROPUESTAS POR SUS SOSTENEDORES.

Para algunos neoconstitucionalistas el Derecho es un fenómeno singular, una práctica social, una actividad, una gran acción colectiva...una empresa...compuesta por hechos humanos.

Una práctica interpretativa (R. Dworkin) en la que hay que considerar siempre los fines y valores de la misma. Una Práctica de la que no importa tanto la descripción, cuanto la participación de cara a conformarla, de manera que se logre una realización máxima de los fines y valores que le dan sentido.

Sujeto cognitivo y objeto se influirían mutuamente, configurando, el propio estudioso, el objeto de estudio: Derecho.

Además, si, como es sabido, una de las funciones-propiedades del Derecho es la orientación de la conducta; si el derecho es un instrumento de carácter práctico para motivar la conducta (que ofrece razones para la acción), la ciencia jurídica debería reflejar esa propiedad, es decir, el punto de vista del participante, el punto de vista interno o comprometido de quien adopta el Derecho como criterio para calificar comportamientos.

El Derecho es algo dado (normas) pero no solo, es una actividad, una empresa, una praxis con la que se pretenden alcanzar fines y valores que se plasman en los derechos fundamentales, una práctica que se va construyendo y en la todos participan.

Si el derecho es práctico, también la ciencia jurídica debe ser práctica, para no convertirse en un irrelevante repetitorium (U. Neumann) o ser ideológica, enmascarando, introduciendo juicios de valor bajo la apariencia de descripción

De todo ello concluimos que, en el paradigma neoconstitucionalista, los estudiosos del Derecho, la dogmática jurídica, la doctrina, los juristas prácticos en “rol académico” no se limitan a describir, ni deben limitarse a describir, sino a interpretar, sistematizar y suministrar propuestas para la aplicación y reforma-cambio del Derecho. Proponer soluciones para los casos difíciles, para los que el Derecho no proporciona una única respuesta; respuesta final que hay que construir a través de un razonamiento guiado por el conjunto de valores y principios, jurídicos y morales que rigen la práctica social llamada Derecho.

DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA: LA PRUEBA ANTICIPADA COMO PRUEBA VÁLIDA EN EL PROCESO PENAL CON VÍCTIMAS MENORES DE EDAD

Ana María Barba Fernández

La prueba anticipada es aquella que se realiza en un momento anterior al inicio de las sesiones del juicio oral, motivada por la imposibilidad material de practicarla en este acto. La finalidad de utilizar esta figura radica en la necesidad de proteger al menor y evitar la victimización secundaria en un proceso judicial. Los menores, sobre todo los de corta edad, pueden olvidar los hechos, modificar su recuerdo a medida que progresa su desarrollo madurativo o incluso alterar su relato por influencias externas.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal permitía y permite actualmente que los tribunales puedan tomar declaración testifical a los menores mediante la llamada “Cámara Gesell”, que posibilita, a través de la utilización de diversos medios técnicos como puede ser la videoconferencia, observar cómo se desarrolla la entrevista que realiza un especialista con un menor sin que aquel sea consciente que está siendo observado. Además, en el curso de la declaración, se le puede hacer llegar al experto las preguntas o aclaraciones que soliciten los sujetos procesales para que declare en un ambiente no hostil, como podría ser el propio del juicio. Se facilita con ello una mayor espontaneidad, que el menor se exprese en su lenguaje y que su intervención procesal no sea traumática. La presencia de las partes en un lugar donde no pueden ser vistas por el menor y su comunicación a través del experto posibilita una comunicación indirecta con éste que garantiza el respeto del principio de contradicción procesal, en condiciones suficientes y óptimas para salvaguardar el derecho de defensa.

Apoyados por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito y los artículos 433, 448, 707 y 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pretenden evitar la victimización secundaria de aquellas víctimas necesitadas de especial protección, garantizando al tiempo los derechos del acusado y garantías del proceso penal. Como posible solución estaría la reproducción videográfica en juicio oral de la declaración del menor durante la fase de instrucción de manera que puedan verse salvaguardadas todas las garantías de defensa del acusado.

En esta comunicación se verá el marco normativo que circunscribe esta práctica cada vez más necesaria y la jurisprudencia más destacada que ha conseguido que esta excepción a la prueba, ya que para que sea válida debe ser practicada bajo la inmediación, contradicción y publicidad del juicio oral, sea la más aconsejable en el caso de menores de edad víctimas de un delito.

DOCTRINAS DEL DERECHO Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: JURIMETRÍA

Sonia Monserrate Párraga Muñoz

Desde la concepción de Alan Turing, la inteligencia artificial nace como un área de la computación que se encarga del diseño y creación de agentes autónomos capaz de actuar racionalmente, creando soluciones computacionales que incluyen búsqueda heurística, representación del conocimiento y razonamiento, técnicas de aprendizaje automático y métodos aplicables a la detección de problemas y la adopción de medidas tales como la comprensión del habla y del lenguaje, dando paso a diferentes logros que se han denotado en la industria, economía, ciencias médicas y demás áreas de desarrollo social.

Hoy en día la inmersión de la inteligencia artificial en el ámbito de derecho, ha connotado la generación de aplicaciones capaces de organizar la información, que conllevan procesos judiciales. La inteligencia artificial representa una herramienta muy útil para el derecho, facilitando la solución de problemas legales, utilizando técnicas desarrolladas para resolver problemas específicos en la interpretación y aplicación de la Ley, con inserción de la estadística para predecir un resultado analítico jurisprudencial a través del aprendizaje automático y procesamiento de lenguaje natural dando como resultado a la jurimetría.

La jurimetría nace en los años 60, por Hans Baade en su volumen colectivo titulado “Jurimetrics”, atribuyendo las funcionalidades de esta disciplina, que se centra en el estudio de los distintos fenómenos relacionados con el derecho y el análisis cuantitativo de la actividad judicial, abarca toda la reflexión en torno a la experiencia de producción jurídica y fenómenos relacionados al derecho, desde una aproximación empírica y una perspectiva de aplicación lógica utilizando técnicas de formalización del derecho a través de medios tecnológicos como apoyo de la investigación jurídica.

La importancia de esta investigación se centra en el comportamiento de las tecnologías de inteligencia artificial existentes en el área del derecho, el rol del jurista en base a las doctrinas del derecho que ejercen en los procesos judiciales y el alcance de la jurimetría en la consecución del proceso.

LA DOCTRINA CIENTÍFICA COMO MEDIO DE SOLUCIÓN A LOS CONFLICTOS LABORALES

Fulgencio Pagán Martín-Portugues

Se realiza en la presente Comunicación un estudio de los diferentes pronunciamientos de los tribunales y en concreto cómo éstos utilizan la doctrina científica en apoyo a las controversias ante ellos planteadas.

Se analizan resoluciones del orden social de Juzgados, Tribunales Superiores de Justicia, Audiencia Nacional, Tribunal Supremo. Se ha realizado un análisis por todo el recorrido de la justicia ordinaria analizando la cita y el apoyo del juzgador y/o ponente, centrando la selección de resoluciones en la casuística concreta.

TEACHINGS ON ARBITRATION FOR ECUADORIAN LAWYER. HOW TO EMPLOY ARBITRATION FOR THE BENEFIT OF CLIENTS.

Mario Francisco Cuvi Santacruz

Este artículo analiza desarrollos en la práctica del arbitraje. Revisa las características principales y pormenores procesales modernos del arbitraje, tal como lo experimentan los profesionales y lo estudian los académicos, y aplica una técnica comparativa para analizar el concepto de arbitraje convirtiéndose en una réplica del litigio. Comienza presentando el tema central de estudio y continúa considerando las ventajas y desventajas que el arbitraje puede proporcionar a las partes procesales en relación con la característica fundamental del proceso arbitral, la capacidad de las partes a escoger. Analiza legislación, jurisprudencia, doctrina, y derecho comparado para estudiar elementos prácticos del complicado mundo procedimental en que se desarrolla la solución de conflictos. Concluye con una evaluación crítica de la situación actual del arbitraje, su posición frente a la litigación ordinaria, y cómo la educación para abogados y partes podría amplificar los beneficios del arbitraje.

EL NOCIVO ESCENARIO DE LOS MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA RESPECTO A LA CUALIFICACIÓN DUAL DE INEXISTENCIA Y NULIDAD CONTRACTUAL CONYUGAL EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL

Juan Carlos Almache Barreiro

Bajo la mirada atenta del foro jurídico iberoamericano, y frente a una importante carga argumentativa de la doctrina coexistente, el Tribunal Supremo de España en distintos fallos concordantes, con motivo de analizar la validez de los matrimonios civiles celebrados -mayormente- entre naturales de España y extranjeros, ha calificado acertadamente de «deletérea distinción» la fundamentación judicial que reseña una posible dualidad contradictoria entre actos jurídicos inexistentes y nulos respecto a los matrimonios de conveniencia, que en una comprensión considerada hasta incestuosa, ha sido desplegada en puntos confusos de un mismo fallo, con dichos argumentos incompatibles. No obstante a lo manifestado en este punto resolutorio jurisdiccional, se aproximó un pensamiento cuestionado por la jurisprudencia y la doctrina española respecto a los efectos producidos por tal declaratoria, esto es: la nulidad del matrimonio, misma que no encuentra cobertura en la normativa sobre los efectos jurídicos intrínsecos requeridos para tal declaratoria inclusive con alusión al orden penal, respecto a la carencia de jurisdicción para pronunciamientos sobre validez del matrimonio y estado civil, salvo existencia de norma específica atributiva en la que se imponga el criterio excluyente y devolutivo de las cuestiones prejudiciales, cuando sean referentes a la validez de un matrimonio, o cuando traten sobre la supresión de estado civil.

El presente estudio expone un análisis del sesgo jurisprudencial y estudios al respecto a los efectos jurídicos de la rescisión de los matrimonios de conveniencia en el Derecho Civil Español, que han identificados a aquellos supuestos, a fin de aquilatarlos jurídicamente frente a fallos opuestos, a objeto de identificar si la falsedad -en este tipo de declaraciones judiciales- no se refiere exclusivamente a alteraciones de la verdad en algunos de los extremos consignados en el documento frente a la cualificación dual de inexistencia y nulidad contractual conyugal, a fin de no confundir lo que es un

acto inverosímil en un documento existente frente a aquel que responde a una operación real con información no genuina o simulada en un documento con datos irreales.

Hipótesis del Trabajo:

Es nocivo el escenario de los matrimonios de conveniencia frente a su calificación doble de contrato conyugal inexistente y nulo conyugal en el derecho civil español.

Conclusión Provisional del Trabajo:

El pensamiento inicial de una calificación lógica, comprensible y racional de las decisiones de los tribunales españoles respecto a los efectos rescisorios del contrato matrimonial de conveniencia calificado como tal, señalan que ni toda simulación integra nulidad en el ámbito civil así como tampoco es estable la consideración doctrinal de la preeminencia de la voluntad interna sobre la declaración emitida, puesto que la utilización alternativa al término de 'nulidad', el de 'inexistencia' no equivale a falta de realidad, sino que integra una categoría cuestionada, proveniente de la doctrina francesa, que ante la jurisprudencia que afirmaba el carácter taxativo de las causas de nulidad, construyó artificiosamente un concepto diverso que cobijara defectos negociales necesariamente relevantes, pero que la ley no los contemplaba.

LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COMO FUENTE DEL DERECHO ECUATORIANO

Juana Ochoa Soledispa

En lo que respecta a el papel de la Jurisprudencia, a partir de la Constitución del 2008, la que impulsa un nuevo modelo constitucional en el Ecuador, es necesario señalar que en su articulado se puede apreciar la tensión entre dos modelos: el continuista que le da al juez y la Jurisprudencia un papel puramente accesorio, y por otro lado se enfrenta a un antiformalismo que propugna darle al juez un rol determinante en la creación del Derecho Ecuatoriano.

En el momento que se promulgó la Constitución de Montecristi, en el país se produjo una reacción crítica al formalismo jurídico unido a una corriente de pensamiento que impulsaba la aplicación de una nueva forma de entender el rol de los jueces y de la jurisprudencia emanada de la Constitución.

El objetivo de esta investigación es efectuar un examen de la Constitución, de la jurisprudencia Constitucional como fuente del derecho ecuatoriano y su aplicación práctica por parte de la Corte Constitucional, después de la vigencia de la Constitución del 2008, se utilizará como base, el análisis de varios autores expertos en esta temática y las sentencias de la Corte Constitucional ecuatoriana. Se pretende también mostrar las contradicciones de una teoría constitucional emancipadora similar a la que se está ejecutando en el Ecuador en la actualidad, en una sociedad como la nuestra en la que lo político anula lo jurídico y lo social, lo que frena el desarrollo de la Jurisprudencia Constitucional como fuente del Derecho.

Esto nos lleva a concluir, que la aceptación de lo obligatorio y vinculante de la Jurisprudencia Constitucional como fuente del Derecho ecuatoriano no es un problema normativo, pues existen en la Constitución del Ecuador, los argumentos necesarios para desarrollar un sistema jurisprudencial sólido; lo que no se cumple debido a que la Corte Constitucional no ha ejercido en forma práctica su papel como institución jurídica de unificación de la Jurisprudencia en materias de garantías.

EL ROL QUE DESEMPEÑA LA JURISPRUDENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO

Juana Ochoa Soledispa, PhD

Holger Vélez Bailón, PhD

En el Ecuador nos encontrábamos en un Estado positivista puro, por lo que la jurisprudencia era considerada una fuente marginada y consultiva. Autores como Juan Montaña Pinto afirma que “En Ecuador la jurisprudencia solo ha tenido una fuerza jurídica subsidiaria: orienta, auxilia, ayuda y apoya la decisión del juez, aquella que se basa esencialmente en la ley, lo cual significa que esta por sí sola, no puede servir de fundamento para justificar una decisión”.

Una vez que empezó a regir la Constitución de Montecristi, la jurisprudencia como fuente del Derecho fue considerada como una de las más importantes en el sistema judicial ecuatoriano, cambiando por completo el rol de los jueces, principalmente de la Corte Constitucional, pasando de espectadores a protagonistas de la creación del derecho.

El objetivo de esta investigación es efectuar el análisis del rol que desempeña la jurisprudencia judicial en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Para ello es necesario delimitar que es Jurisprudencia y como se ubica dentro de las fuentes del Derecho. Estudiaremos las distintas posiciones doctrinarias que han tratado sobre la misma. Las que sostienen que la Jurisprudencia constituye una fuente formal del Derecho y aquellas posturas que se oponen y le niegan este carácter, es decir, posiciones positivas y negativas respectivamente. Estudiaremos la importancia que tiene en los ámbitos de la interpretación, integración y cuando cumple con la función de creadora del Derecho. La entendemos como las resoluciones de los tribunales superiores de justicia los que deben unificar el Derecho a través de las sentencias emitidas.

Por consiguiente el rol protagónico que tiene la jurisprudencia en el Ecuador se irá incrementando a medida que los jueces se vayan empoderándose de los principios constitucionales y de su debida aplicación es decir desprenderse de la mera interpretación y crear derecho a través de sus pronunciamientos, ya que la Constitución ecuatoriana le faculta a aplicar medidas que pese a no estar contempladas en los cuerpos normativos, tienen validez siempre y cuando persiga garantizar o velar el cumplimiento de los derechos y garantías de las personas.

LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA, FUENTES INELUDIBLES DE RESOLUCIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA.

Heidi María Hidalgo Angulo

La Corte Constitucional tiene facultades para ejercer y controlar la constitucionalidad del ordenamiento jurídico ecuatoriano; de esta forma garantiza los derechos constitucionales reconocidos en la Constitución ecuatoriana. Por ello, la Corte debe desentrañar el contenido y alcance de las normas constitucionales, e interpretarlas. Pero esta debe determinar que una es la interpretación en el paleo-positivismo al que se refiere Ferrajoli o positivismo antiguo y otra en el neo-constitucionalismo nacido en la segunda postguerra con Constituciones italiana de 1948 y sobre todo la alemana de 1949. Se debe entender que la interpretación de la Corte Constitucional es definitiva, obligatoria para todos y en todos los casos (erga omnes). Es así, que el derecho legislativo no es un simple ordenamiento jurídico conformado por normas positivas, este corresponde a un estilo de vida del sistema político latinoamericano. Es herético hablar del valor de la jurisprudencia como fuente formal del derecho. Pero, al mismo tiempo es percibido como una postura conservadora, pues no debemos olvidar que la cultura jurisprudencial tiene rasgo y origen aristocráticos.

La doctrina por otra parte, conoce como a este Derecho creado por los jueces a través de sus sentencias como Derecho Judicial, y, en nuestro país, está consagrada en la Constitución.

La Constitucionalización de esta nueva fuente del Derecho, debía manifestarse en los métodos de la codificación y de la enseñanza del Derecho.

INFIDELIDAD, OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD Y DAÑO MORAL: UNA DIFÍCIL CONVIVENCIA

Luis Alberto Godoy Domínguez

En los últimos veinte años se ha ido instaurando una corriente doctrinal que aboga por la aplicación de las reglas de la responsabilidad civil a las relaciones familiares y, en especial, en determinado ámbito de las mismas, como son las relaciones conyugales o de pareja. En concreto, se viene estimando que, frente a la concepción tradicional que impedía las reclamaciones por daños entre familiares merced a la prevalencia de un principio de inmunidad intrafamiliar, en la actualidad la familia es contemplada como una unidad regida por los principios y valores que preconiza un Estado democrático de derecho, en el que la individualidad, y el disfrute de los derechos fundamentales que le vienen reconocidos, se imponen a la vieja primacía del interés grupal. Si antes este interés colectivo fundamentó la existencia de inmunidades que impedían que ciertos daños –cuando no entraran en la esfera de lo penal- pudieran ser reclamados entre quien lo causaba y quien lo sufría, en la actualidad la prevalencia de los valores y principios constitucionales excluye, o debe excluir, la aplicación de privilegios destinados a dejar a salvo de responsabilidad al causante del daño. A pesar de estar esta inmunidad basada en ideas de solidaridad e intimidad, o en la pervivencia de vínculos afectivos entre los sujetos, lo cierto es que tiene que ceder ante la superioridad de aquellos valores.

Uno de los aspectos en los que más destaca este cambio de orientación es en las reclamaciones de los daños morales derivados del descubrimiento de la falsa paternidad, a menudo ocultada intencional o culposamente por la pareja. La revelación de la realidad biológica y la consiguiente pérdida de una paternidad que hasta entonces se creía propia, derivada por ende del incumplimiento del deber de fidelidad, genera con frecuencia en el reclamante un menoscabo no patrimonial que es objeto de un cada vez mayor número de demandas civiles, especialmente a partir de la reforma del Código civil operada por la Ley 15/2005 que eliminó por completo el sistema causal o culpabilístico de separación y divorcio. Los tribunales, al impulso de esa nueva orientación doctrinal, van asumiendo también los nuevos puntos de vista y admitiendo, por tanto, la posibilidad de aplicar el esquema de la responsabilidad extracontractual a estas situaciones. Esta reorientación de las decisiones judiciales se da sobre todo en el ámbito de las Audiencias Provinciales; menos todavía en el Tribunal Supremo, que sigue siendo reacio a aceptar este cambio de criterio.

No faltan tampoco voces en el campo doctrinal que advierten de los numerosos inconvenientes dogmáticos para una aplicación automática de la teoría de la responsabilidad civil en el campo de las relaciones familiares.

Nuestro trabajo tiene por finalidad analizar, tanto desde la perspectiva doctrinal como jurisprudencial, la posibilidad de indemnizar el daño moral derivado de la ocultación de la verdadera paternidad y de las dificultades que se ponen de manifiesto a la hora de aplicar los criterios y reglas propios de la responsabilidad extracontractual.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE REQUISITOS DE LA CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRE POR SIGNO APARENTE O DESTINO DEL PADRE DE FAMILIA.

Carlos Ortega Melián

Señala el artículo 541 CC un modo de constitución de la servidumbre que recibe distintas denominaciones por parte de la doctrina. Así, dependiendo del criterio que se tenga en relación a su naturaleza jurídica, unas veces se utiliza la denominación de «establecimiento de servidumbre por signo aparente», o «constitución tácita», o de constitución por «destino del padre de familia». Desde el punto de vista del art. 536 CC se discute si se trata de una forma de constitución automática o legal de la servidumbre, o si, por el contrario, es voluntaria, consecuencia de la voluntad del hombre que decide conservar la servidumbre mediante la conservación del signo y su no oposición manifiesta en el título de transmisión del fundo. Aunque la jurisprudencia no ha mantenido un criterio decisivo sobre esta cuestión, las últimas SSTs de fecha 18 de febrero y 22 de julio de 2016 (Pont. Orduña Moreno) se han decantado por el carácter voluntario de la constitución de la servidumbre de esta forma constituida, exigiendo como uno de los requisitos para su aplicación, la acreditación de la voluntad del último propietario común de las fincas de configurar el signo aparente como un auténtico gravamen sobre la otra finca que posteriormente es enajenada. Por otro lado, tradicionalmente se ha considerado como presupuestos del art. 541 CC los siguientes: 1. Existencia de dos fincas pertenecientes a un mismo propietario. 2. Existencia de un signo aparente de servidumbre. 3. Establecimiento del signo aparente por el propietario de las fincas. 4. Enajenación de uno de los fundos a favor de otra persona. 5. Que no se exprese nada en contra de la existencia del derecho y no se destruya el signo aparente. Dichos requisitos se han ido delimitando por la jurisprudencia para adaptarlas a las circunstancias concretas y a la casuística que muchas veces se presenta en la práctica. Constituye el objeto de la presente comunicación el estudio de la doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica y los requisitos más relevantes de la constitución de la servidumbre por signo aparente en la medida en que ésta ha venido a consagrar, muchas veces, las soluciones que, para supuestos específicos no contemplado en la norma, ya habían sido formuladas por la doctrina civilista más autorizada.

NUEVOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES DEL DERECHO PENAL ECUATORIANO:

A PARTIR DE LA DOCTRINA PREVISTA EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS, APLICABLES A LA JUSTICIA PENAL

Lenin Teobaldo Arroyo Baltán

José J. Albert Márquez

El objetivo de este estudio es determinar cómo las nuevas proyecciones jurisprudenciales del derecho penal, en que las regulaciones previstas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos: la violencia contra la mujer y miembros del núcleo familiar, el principio de interés superior del niño y la protección de los grupos de atención prioritaria adquieren contenido material mediante la resolución de los casos concretos. ¿Hasta qué punto puede deducirse que los nuevos precedentes jurisprudenciales y doctrinales son vinculantes y por lo tanto, aplicables en el sistema de la justicia penal ecuatoriana? Esta interrogante, bien se responde a través de las nuevas improntas jurisprudenciales relacionadas íntegramente con los derechos y valores más preciados del hombre, como la vida, la libertad, la integridad personal, el acceso a la justicia, el debido proceso, la protección judicial, el derecho a la verdad y la reparación, que ha venido construyendo la Corte Nacional de Justicia de Ecuador, asimilando, caso a caso, la jurisprudencia generada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El enfoque metodológico que se utilizó en esta investigación es el análisis

documental. Por lo tanto, los instrumentos que se utilizaron son: selección y revisión de literatura básica, estado del arte o de la cuestión y las técnicas para recopilar información. Como resultado, se observa que la Corte Nacional de Justicia, reiteradamente, refiere sobre la adecuación de los hechos a tipo penal inexistente, pues se trata de un error de derecho que se produce en la formulación de la pretensión del querellante y que lastimosamente provoca yerro en el juzgador, que no advierte esta anomalía, que contraría el principio de legalidad estatuido en el art. 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador. Además, la Corte Nacional de Justicia, asimila también, el alcance de las garantías contenidas en el art. 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, al considerar el papel de la acusación en el debido proceso penal vis-à-vis el derecho de defensa. La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. Así, la investigación permite concluir, a partir de la doctrina prevista en los instrumentos de derechos humanos, la aplicabilidad en la justicia penal ecuatoriana y consecuentemente, la unificación de jurisprudencia ecuatoriana.

LA FIJACIÓN DEL LUGAR DE COMISIÓN DEL DELITO EN LOS DELITOS A DISTANCIA ¿DISCREPANCIAS ENTRE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA?

Manuel Luis Ruiz Morales

El presente trabajo tratará sobre las reglas de determinación del lugar de comisión del delito, en el específico particular de los delitos a distancia.

De este modo, se desarrollarán las teorías de la actividad, del resultado y mixta, al efecto de estudiar la preponderancia de las mismas, y los apoyos ofrecidos a cada una por la doctrina científica.

Finalmente, se explicitará cuál de ellas es la vigente actualmente en el ordenamiento jurídico español -defendida ampliamente y por la jurisprudencia del TS- observando las eventuales críticas emanadas desde la doctrina, así como algún que otro problema que puede surgir a la hora de su aplicación.

INCIDENCIA DE LA DOCTRINA EN LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LAS CLÁUSULAS NO NEGOCIADAS INDIVIDUALMENTE

María Amalia Blandino Garrido

I. Hipótesis de partida

La declaración de nulidad de las denominadas “cláusulas suelo”, esto es, aquellas que fijan un límite mínimo a la variabilidad del interés pactado en los préstamos hipotecarios, ha generado una jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea novedosa, sustentada en planteamientos y soluciones provenientes de la doctrina científica.

En la medida en que estas cláusulas vienen referidas a los elementos esenciales del contrato, quedan excluidas del control de contenido, cuyo fundamento reside en la reciprocidad entre los derechos y obligaciones de ambas partes (art. 4.2 de la Directiva 93/13); solo la falta de transparencia, entendida como aquella que impide al consumidor valorar correctamente el alcance del compromiso que va a asumir con la celebración del contrato, permite apreciar la abusividad y con ello declarar la nulidad de estas estipulaciones.

II. El control de transparencia de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato

No se agota la transparencia, respecto de las cláusulas que fijan el precio o el objeto del contrato, en el cumplimiento de un mero control formal o de incorporación atinente a la redacción, apariencia y puesta a disposición de las estipulaciones (arts. 5.5 y 7.b) LCGC y 80.1 TRLGDCU). El control de transparencia no se limita tampoco a las exigencias previstas en la normativa administrativa sobre

transparencia bancaria. La jurisprudencia va más allá e impone al predisponente un deber de información cualificado que permita al adherente conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo. Este deber de “transparencia material” comporta, así, que el consumidor disponga, antes de la celebración del contrato, de una información comprensible acerca de las condiciones contratadas y las consecuencias de dicha celebración.

Esta nueva consideración de la transparencia como un elemento de control que incide en la correcta formación de la voluntad contractual proviene de la doctrina científica (en nuestro país, cabe destacar, entre otros, a González Pacanowska, Miquel o Pertíñez Vilchez), así como de propuestas académicas como el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR).

III. Conclusión provisional

La jurisprudencia, adoptando postulados desarrollados por la doctrina tiempo atrás, ha erigido la transparencia material en elemento clave para decretar el carácter abusivo de las cláusulas atinentes a la definición del objeto principal del contrato, como es la “cláusula suelo”. El tratamiento otorgado por nuestros tribunales a este nuevo mecanismo de control de las cláusulas no negociadas individualmente exige una labor de revisión que permita fundamentar adecuadamente ciertas lagunas e incoherencias.

JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA PROCESALISTA: UN MATRIMONIO MAL AVENIDO

Pablo García Molina

Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho (art. 1.1 CC). Nada se dice, pues, sobre la jurisprudencia y la doctrina, que quedarían fuera del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico español. Sin embargo, lo que sí se dice a continuación es que la jurisprudencia debe complementar el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho (art. 1.6 CC) y que los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido (art. 1.7 CC). Así pues, y aunque la doctrina científica queda totalmente al margen del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico español, no cabe duda de su importancia en la interpretación de determinados conceptos jurídicos. Así las cosas, este trabajo aborda la relación entre la jurisprudencia y la doctrina procesalista, con la finalidad de analizar si los jueces y tribunales de nuestro país suelen hacer uso o no de citas de autores o de sus obras en las sentencias que dictan. Así, se analizará las referencias a los autores o sus obras que se encuentren en la base de datos de jurisprudencia Westlaw de un número representativo de procesalistas españoles, analizando en el conjunto de sentencias localizadas las veces que se citan a cada uno de los autores, la forma en la que se les cita, si se cita solo su nombre o también la obra de la que se obtiene la información, y otros parámetros que nos permitan comprobar si la relación entre la jurisprudencia y la doctrina procesalista es un matrimonio mal avenido o no y, a la luz de ello, podamos hacer propuestas que permitan cambiar esta situación.

LOS CRIMINALES QUE ACECHAN A LA SOCIEDAD POR MEDIO DEL INTERNET: LOS HACKERS.

Manuel Alexander Ponce Tubay

Internet surgió en la década de los 80 como proyecto del Departamento de Defensa de los Estados Unidos bajo el nombre de ARPANET, el mismo que se realizó para compartir información entre dos centros de investigación. En el año de 1984 un grupo de hackers encontraron vulnerabilidades en la red ARPANET y provocaron la caída de los sistemas informáticos, al tiempo que robaron información de varias Universidades e instituciones de los Estados Unidos. En la actualidad Internet ha pasado a formar parte de la sociedad y de nuestro vivir diario, desde la simple lectura de nuestro correo electrónico hasta el pago de los servicios básicos de cada uno de nuestros hogares. La presente investigación tiene como objetivo analizar cómo la sociedad se encuentra vulnerable en Internet ante el acecho de los hackers. Se ha realizado una revisión documental de los diferentes sucesos acaecidos en Internet, que ponen de manifiesto la acción de los hackers. Es hoy una afirmación indubitable, que muchos usuarios de Internet han sido víctimas de los hackers; ya sea del robo de información personal, estafa, extorsión y violación a la integridad personal, delitos contra el honor, etc. Igualmente, puede observarse que, en la actualidad, gran parte de la sociedad se encuentra en una situación de analfabetismo digital, lo cual facilita que seamos víctimas de los hackers en la gran red de redes, que es Internet. Se ha comprobado que, con relativa frecuencia, la protección privilegiada con la que cuentan los derechos fundamentales, que asisten a los ciudadanos, se diluye en el espacio virtual dificultando su garantía y realización. En consecuencia, es imperativo encontrar nuevas fórmulas de protección de estos derechos, así como nuevas formas de prevención adaptadas a las nuevas amenazas que se presentan en el día a día; que hagan posible un desarrollo responsable y cívico de las enormes potencialidades de una sociedad conectada.

SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 2018 DE LA CORTE SUPREMA, 2° SALA PENAL

Diego Palomo V.

María Elena Santibañez

La presente comunicación liga con una sentencia chilena de marzo de 2018 (validada en junio del mismo año por el máximo tribunal del país, que descartó los recursos de nulidad penal interpuestos en su contra) Especialmente relevante en el orden jurisdiccional penal, recaída sobre hechos acaecidos en septiembre del año 2014 de gran trascendencia e impacto a nivel nacional y que fueron calificados, por primera vez tras el regreso a la democracia, como delitos terroristas. Los hechos consistieron en varios atentados de carácter explosivo, cometidos el más importante de ellos, por un solo individuo y los otros tres por dos y tres personas respectivamente, incluido el primero de ellos. Los más importantes, y que fueron los únicos por los cuales se condenó, consistieron en la colocación y detonación de artefactos explosivos, uno en un vagón del tren subterráneo de Santiago (metro) durante la noche y el segundo, que fue el hecho de mayor gravedad, se verificó el día 8 de septiembre con la detonación de un artefacto explosivo colocado en un Subcentro comercial situado en el sector de acceso al tren subterráneo correspondiente a la línea 1 (Estación metro Escuela Militar), caso en el cual - y aquí la relevancia de la sentencia - se condenó por delito terrorista a que se refiere el artículo 2° de la Ley N° 18.314. La particularidad de los hechos que permitió la calificación y condena por delito terrorista consistió en que el aparato explosivo utilizado, si bien de fabricación artesanal al igual que los anteriores, al ser instalado dentro de un basurero de material que mezclaba metal y madera amplificó su poder destructivo, además de la circunstancia que la detonación fue a las 14 horas, horario de máxima afluencia y tránsito de público por ese sector, causando lesiones de diferente gravedad en más de una veintena de personas, cinco de las cuales resultaron con lesiones de gravedad extrema. Los jueces del fondo señalaron que la gran problemática que plantean estos delitos está asociada a la acreditación del elemento subjetivo, para cuyo efecto la ley brinda ciertos elementos o

parámetros objetivos, como son "la naturaleza y efectos de los medios empleados". Este rasgo distintivo que implica considerar a los delitos terroristas como delitos de intención o de tendencia interna trascendente y, dentro de dicha categoría, como de resultado cortado, pues la consecuencia la produce la propia conducta típica. Desde luego, este hecho causó gran impacto nacional, con una ciudadanía muy temerosa al usar este medio de transporte, generando incluso ciertos cambios en los sistemas de seguridad (por ejemplo, dejaron de existir basureros en las instalaciones del tren subterráneo). En otras palabras, la intención de generar temor en la población, que es lo que se busca con el delito terrorista, se había cumplido plenamente.

A la luz de lo señalado la calificación como delito terrorista parecería, a los ojos de cualquiera, pacífica. Sin embargo, resultaba todo un desafío poder lograrlo, dado que en diversas ocasiones se había intentado previamente tratándose de atentados a autoridades, policías, o camiones (estos últimos en la Región de la Araucanía, asociados a actuaciones de la etnia mapuche), sin éxito, calificándose todos estos casos precedentes como delitos comunes. Adicionalmente, existía una discusión doctrinaria muy importante que constituyó el fundamento de los recursos de nulidad intentados en el caso

en comento, que buscaban que no se calificara como delito terrorista estos hechos, que consistía en dos aspectos.

Por un lado, un sector de la doctrina nacional, con todo minoritario, exige para la configuración del carácter terrorista de las conductas, además de la existencia de un ánimo de causar temor (acreditado en el caso en la especie), una finalidad política en la realización de estas conductas asociadas a un ataque contra el Estado. El resto de la doctrina, mayoritaria, no exige la concurrencia de esta finalidad, poniendo énfasis en la verificación contra el orden, la seguridad pública y la paz social, con independencia de si existe o no la intención de atentar contra el Estado o el Gobierno de turno, doctrina que fue recogida en las sentencias dictadas en este caso.

El otro aspecto discutido tuvo relación con la exigencia, también minoritaria en la actualidad, que un elemento exigido para calificar de terrorista la conducta era la necesaria intervención de un grupo organizado de personas, descartando en consecuencia la actuación de los llamados "lobos solitarios" para dar la señalada calificación. Ambas sentencias, la del tribunal oral en lo penal y la de la 2a Sala de la Corte Suprema, siguiendo a la doctrina mayoritaria y con apoyo en la historia de la Ley referida, que fija conductas terroristas, validaron la tendencia actual en el mundo a raíz de los últimos atentados acaecidos especialmente en Europa y Estados Unidos, donde los protagonistas son autores únicos o "lobos solitarios".

EL VALOR DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA EN EL SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO.

Stalin Javier Lucas Baque

Tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia han constituido siempre fuentes secundarias en el derecho ecuatoriano, basado en el sistema Continental Clásico europeo. No obstante, a partir de la promulgación de la vigente Constitución de la República del Ecuador en el año 2008, y luego de más de una década de vigencia, podemos afirmar categóricamente que la jurisprudencia está superando a la doctrina como apoyo fundamental y decisorio en las resoluciones de los operadores de justicia, teniendo en la actualidad un valor respetable y constituyéndose en fuente primaria del derecho ecuatoriano.

Es propósito de este artículo plantear la discusión en torno a semejanzas y evolución de estas dos fuentes del derecho, sus avances e innovaciones y adaptación en la aplicación práctica de la justicia ecuatoriana. Se hará uso de las bases de datos oficiales en las que el gobierno ecuatoriano ofrece los

dictámenes de la Corte Nacional de Justicia y de la Corte Constitucional del Ecuador, así como de las principales aportaciones de la doctrina ecuatoriana al respecto.

El resultado es una visualización teórica pragmática de dos fuentes del derecho que han evolucionado en todo el mundo: Los progresos de la jurisprudencia que pasó de ser una fuente referente y consultiva hasta convertirse en una fuente primaria, con características similares al su par en el sistema anglosajón y como tal vinculante y obligatoria al momento de emitir fallos en los juzgados y tribunales de justicia ecuatorianos; frente a una doctrina, que no ha evolucionado al nivel de otros ordenamientos jurídicos latinoamericanos o europeos, pero que tampoco ha perdido su valor orientativo y de apoyo en las dictámenes judiciales.

Todo ello nos permite conjeturar que el ordenamiento jurídico ecuatoriano, desde una base continental europea, va evolucionando hacia un modelo más próximo al derecho jurisprudencial anglosajón.

EL MATRIMONIO DE CONVENIENCIA COMO ILÍCITO CIVIL EN ESPAÑA. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.

Sonia María Jordán Almeida

Trataremos de efectuar un análisis de los “matrimonios de conveniencia”, fenómeno de los países sometidos a inmigración y que comienza a tener bastante relevancia en nuestro país. Nuestros tribunales se han pronunciado de forma tajante señalando que los matrimonios de conveniencia no pueden dar lugar a delito de falsedad alguna. Reciente STS de fecha 6 de abril de 2017 señala que estamos ante un ilícito civil, con consecuencias civiles y matrimoniales. En el presente estudio analizaremos en profundidad la referida jurisprudencia y su aplicación práctica, en el derecho español.

INTERPRETACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO Y TERRORISMO: EL CASO DEL ENALTECIMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Alejandra Pastrana Sánchez

La dificultad para conceptuar el terrorismo se ha venido traduciendo en unos tipos penales abiertos a la interpretación jurisprudencial. Ello ha provocado una distorsión entre la realidad, el plano legislativo y la aplicación judicial. En la presente comunicación se hace un repaso por la evolución jurisprudencial del fenómeno terrorista con especial hincapié en los pronunciamientos más recientes sobre enaltecimiento del terrorismo. Este repaso logra mostrar cómo, en los últimos tiempos, la interpretación judicial del tipo de enaltecimiento (basada en conceptualizaciones doctrinales como son las categorías de peligro concreto y peligro abstracto) ha tenido una repercusión clave a la hora de condenar o absolver en determinados casos, mediante lo que denominaron una “interpretación constitucional” del artículo 578 del Código Penal. Así, por ejemplo, la STS 378/2017, de 25 de mayo.

La jurisprudencia, para calificar determinados actos como enaltecimiento, justificación o humillación a las víctimas, estudia en sus sentencias varios aspectos como, por ejemplo, la ponderación de los bienes jurídicos en conflicto en el binomio libertad de expresión-discurso del odio o provocación a la violencia. Pero, en concreto, esta comunicación se centra en dos tipos de argumentaciones. La primera de ellas está relacionada con la progresiva normativización del dolo y, la segunda con la conversión del peligro abstracto en peligro presunto o hipotético.

Como conclusión, debe resaltarse que la importancia de encontrar una interpretación de estos preceptos acorde con los principios fundamentales del Derecho penal no es una cuestión meramente dogmática, sino eminentemente práctica, dadas las cifras de pronunciamientos condenatorios que se están acumulando sobre la materia. Así, en 2016 supusieron el 59,2% del total de sentencias

condenatorias por terrorismo. Y en 2017 el 58,3%, es decir, 21 de las 36 sentencias lo fueron por enaltecimiento. Y de las 15 restantes, 8 fueron casos de adoctrinamiento pasivo y autoadoctrinamiento. Además, si se pone en relación con las cifras de sentencias condenatorias por delitos de sangre puede observarse una correlación negativa entre el número de condenas por delitos de sangre y el número de condenas por enaltecimiento.

A PROYECCIÓN DE LA DOCTRINA IUSLABORALISTA EN LAS RESOLUCIONES DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES: TICS Y NUEVAS O NO TAN NUEVAS RELACIONES LABORALES

Alberto Ayala Sánchez

Desde el momento en el que confluyen, de un lado, el acceso generalizado de la ciudadanía a la red de redes y, por otro, la percepción y visualización por todos aquellos que tienen un espíritu emprendedor del potencial inmenso que puede tener como fuente de negocios internet, comienzan a aparecer nuevas fórmulas -hasta la fecha desconocidas- que permiten encauzar la oferta y la demanda de productos y servicios a través de procedimientos absolutamente ignorados e insólitos hasta hace muy poco (economía digital). Plasmación de estos acontecimientos son las creaciones de las plataformas virtuales, entre las que se encuentran las denominadas plataformas colaborativas implementadas con el auxilio de determinadas aplicaciones (apps). Por regla general, éstas -como señas de identidad- ofrecen determinados servicios normalmente a menor coste o de manera más inmediata que si se acude al mercado tradicional. Debido a estas innovaciones tecnológicas acaecen dos consecuencias muy diferenciadas pero imbricadas entre sí: la primera, el consumidor consciente de esas ventajas y otras (como el ahorro de tiempo), ya no acude física y directamente a obtener los bienes y las prestaciones de servicios, sino que lo hace en un entorno virtual utilizando toda una variedad de plataformas digitales; y la segunda, todo esto determina la aparición de una nueva forma de relacionarse entre la <<empresa digital>> y los trabajadores que hacen llegar al consumidor de forma real los productos y servicios a los clientes. Ese vínculo jurídico que une a los sujetos, plataforma y trabajador, qué la naturaleza jurídica tiene: ¿son autónomos, son autónomos económicamente dependientes, son trabajadores por cuenta ajena?, en consecuencia, las Tics nos llevan a entender de manera diferente, o no tanto, las relaciones laborales. Producido efectivamente este cambio de relacionarse entre el empleador virtual y el trabajador en la denominada <<industria 4.0>> o cuarta revolución industrial, cabe preguntarse si siguen siendo válidas las antiguas estructuras que permitían identificar cuándo una determinada relación jurídica se podía incardinar dentro del art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores o, si por el contrario, el seísmo que ha producido la era digital destruye ese edificio y hay que levantar uno nuevo con parámetros que se adapten a la irrupción del nuevo mercado digitalizado. Esta novedosa situación ocasiona un cambio de paradigma en donde pueden parecer inservibles o insuficientes los antiguos parámetros que permitían identificar cuándo una determinada relación jurídica cabía encuadrarla dentro del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo y, tal vez, sea oportuno configurar unos nuevos cimientos absolutamente diferentes, o a lo mejor no tanto, que respondan de manera eficaz a todo este entorno digitalizado.

Ante esta tesitura, y para dar una respuesta acorde a la situación planteada, se produce un matrimonio, una comunidad de intereses con vasos comunicantes bidireccionales, entre la doctrina científica y los tribunales con finalidad de matizar o reelaborar el concepto de trabajador. De este modo para determinar la laboralidad del vínculo jurídico entre la plataforma digital y el trabajador, será condición necesaria, la existencia de las notas clásicas para atribuirle al trabajador su consideración de serlo por cuenta ajena, pero esta condición no es suficiente, al tener que valorar otros indicadores que demuestren (v. gr.: ausencia de estructura empresarial o imposibilidad de determinar las tarifas) que nos encontramos ante sujetos amparados por el Derecho del Trabajo.

LA CONVULSA RELACIÓN ENTRE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

David Soto

Se propone hacer un repaso por las relaciones entre doctrina y jurisprudencia en el arbitraje de inversiones. Por un lado, parece que la vaga redacción de los tratados de protección y promoción de las inversiones, así como de los convenios y reglas de carácter procesal, deja un gran vacío en cuanto a una gran cantidad de temas dentro del arbitraje de inversiones. En tal sentido, sería razonable pensar que la doctrina, que es muy abundante en esta materia, jugase un papel esencial dentro de esta modalidad de arbitraje, auxiliando en la interpretación de la norma jurídica. Por otro lado, ese carácter tan prolífico de la doctrina en este ámbito particular podría llevar a pensar que el diálogo o debate entre la práctica y la doctrina es amplio y fructífero. Por ello, cabe preguntarse acerca de qué tipo de relaciones se establecen entre ambas y por los resultados producidos por la interacción entre ambas esferas. El presente trabajo se propone realizar un breve recorrido histórico dentro de la práctica del arbitraje de inversiones con el objeto de dilucidar las cuestiones planteadas anteriormente.

Como conclusiones provisionales, en cuanto a la primera cuestión, es necesario poner de relieve tres ideas relevantes: que, a la hora de establecer el diálogo entre doctrina y práctica, el campo anglosajón goza de mucha más influencia que cualquier otra tradición jurídica; que la tradición continental puede aportar numerosas soluciones al arbitraje de inversiones que redundarían en un refuerzo de la cuestionada legitimidad del sistema y, finalmente; que, al fin y al cabo, el papel primordial que juega la doctrina en el arbitraje de inversiones se concentra en la indagación por las partes litigantes acerca de la sensibilidad jurídica e intelectual del árbitro, de cara a elegir un perfil que favorezca la estimación de sus pretensiones procesales.

En cuanto a la segunda de las cuestiones, se ha de establecer previamente que, dentro del arbitraje de inversiones, lo cierto es que abundan los ejemplos en que la doctrina ha auxiliado a la práctica a la hora de interpretar algunos conceptos jurídicos indeterminados, si bien lo cierto es que tal auxilio no ha sido siempre bien recibido por la propia doctrina, que ha considerado en algún caso que su aplicación en la práctica ha resultado torticera. Finalmente, tampoco parece que se pueda afirmar que la doctrina haya jugado un papel como fuente del Derecho tan importante como cabría esperar, a la luz de su prolificidad y del carácter iusinternacionalista del Derecho de inversiones internacionales. En tal sentido, otras fuentes como la jurisprudencia internacional y doméstica, así como los usos comerciales parecen haber tenido una influencia mucho mayor.

EL DEBER DE SEGURIDAD COMO GARANTÍA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS

Juan Francisco Rodríguez Ayuso

En este tema, comenzaremos analizando los tres tipos de medidas de seguridad establecidas en la normativa española en materia de protección de datos personales previa al comienzo de la aplicación del nuevo Reglamento general de protección de datos y que constituyen una buena base para determinar, en principio, el elenco de medidas de seguridad que resultarían aplicables merced al análisis que, al amparo del artículo 32 RGPD, hay que realizar para garantizar un nivel de seguridad acorde al riesgo que conlleve el tratamiento de datos personales.

Estas medidas de seguridad son las siguientes: organizativas, legales y técnicas y eran, merced a los, ya derogados, Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) y Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, de aplicación en la organización en función del tipo datos personales que se manejaban en la entidad (datos de nivel básico, medio o alto).

Pues bien, con el comienzo de la aplicación del Reglamento general de protección de datos, se establece la obligación del responsable y del encargado del tratamiento, teniendo en cuenta el estado de la técnica, los costes de aplicación, y la naturaleza, el alcance, el contexto y los fines del tratamiento, así como riesgos de probabilidad y gravedad variables para los derechos y libertades de las personas físicas, de aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo.

Como desarrollo de este Reglamento, surge la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD), que ha entrado recientemente en vigor y que tiene por objeto adaptar el ordenamiento jurídico español al Reglamento general de protección de datos y completar sus disposiciones. Esta norma deroga la LOPD, además de cuantas disposiciones de igual o inferior rango contradigan se opongan o resulten incompatibles con lo dispuesto en el RGPD y la presente LOPDGDD.

Es por ello que conviene hacer una reseña a las medidas de seguridad establecidas de conformidad con la anterior normativa interna en materia de protección de datos personales, ya que muchas de ellas podrán seguir considerándose válidas una vez elaborado el análisis de riesgos de la entidad de que se trate, más cuando ni el RGPD ni la LOPDGDD aluden a medidas concretas de seguridad. En consecuencia, prevemos que estas medidas de seguridad podrán seguir siendo aplicables una vez elaborado el análisis de riesgos y examinada su procedencia para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo detectado con carácter previo, pudiendo resultar equivalentes, en principio, las medidas de seguridad de nivel alto cuando del análisis de riesgos se desprenda un riesgo elevado, las medidas de seguridad de nivel medio cuando del análisis de riesgos se desprenda un riesgo medio y las medidas de seguridad de nivel bajo cuando del análisis de riesgos se desprenda un riesgo bajo.

**LA PERTINAZ RETICENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO A ASUMIR LA
JURISPRUDENCIA DEL TJUE Y LA DOCTRINA MAYORITARIA SOBRE LA
INCOMPATIBILIDAD DEL RÉGIMEN PREVENTIVO DE CONSERVACIÓN DE DATOS
DE TRÁFICO PARA FINES PENALES CON LA CARTA DE DERECHOS
FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA.**

Juan Alejandro Montoro Sánchez

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró mediante su sentencia *Digital Rights Ireland Ltd* de 8 de abril de 2014 la invalidez de la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre conservación de datos de tráfico, por sobrepasar los límites exigidos por el principio de proporcionalidad en relación con los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar y a la protección de datos de carácter personal reconocidos en los arts. 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En igual sentido y con los mismos argumentos se pronunció nuevamente el TJUE respecto a ciertos regímenes nacionales de conservación de datos de tráfico con fines penales que traían causa directa de la directiva invalidada en su sentencia *Tele 2 Sverige AB*, de 2 de diciembre de 2016. En la reseñada resolución incluso llegó a determinarse la incompatibilidad de una norma nacional que obligara a conservar de forma generalizada e indiferenciada todos los datos de tráfico y de localización de todos los abonados y usuarios registrados en relación con todos los medios de comunicación electrónica.

En el ordenamiento interno, la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones es la norma encargada de determina el régimen jurídico nacional sobre la conservación obligatoria de datos de tráfico relativos a las comunicaciones electrónicas para fines penales, trayendo causa asimismo de la invalidada Directiva 2006/24/CE al ser el resultado de su transposición. Por tanto, es obvia la compartición de diversos de los puntos conflictivos que fueron determinantes para la anulación de las demás normas reseñadas que no han sido subsanados por el legislador. Así las cosas, la doctrina ha puesto de manifiesto los excesos y carencias de esta norma, reclamando de los tribunales su no aplicación por mor del principio de primacía del derecho comunitario y del legislador, una imperiosa y urgente reforma que permita alcanzar los fines perseguidos por la norma con la mayor seguridad jurídica posible y con el pleno respeto a los derechos fundamentales de los interesados.

No obstante, a pesar de las reivindicaciones de la doctrina más reputada, el Tribunal Supremo en las resoluciones dictadas tras los pronunciamientos del TJUE ha validado las fuentes de prueba obtenidas en virtud de la controvertida Ley 25/2007, si bien con sustento en fundamentos jurídicos bastante débiles y difícilmente justificables. Seguramente, para evitar la posible absolución en masa de multitud de individuos incurso en causas graves en los que los datos de tráfico han resultado decisivos para sostener la imputación. Aunque puede ser loable la finalidad de perseguir los delitos más graves, el respeto a los derechos fundamentales no debe verse comprometido de tal forma, por lo que se precisa que el Tribunal Supremo cambie de parecer, asumiendo la jurisprudencia del TJUE y el criterio de la doctrina, forzando con ello a que el legislador proceda a la modificación de la norma.

LA KAFALA EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

Ana Moreno Sánchez Mora

La kafala, es una institución familiar del Derecho islámico y de origen religioso que no crea vínculos de filiación como la adopción plena. Se aparta también de la misma porque los menores que acoge la kafala son menores sin hogar (huérfanos o abandonados, sin filiación o con filiación, siempre biológica), pero, al igual que la adopción, su fin es la protección del interés del menor.

El problema que plantea la kafala, es una cuestión que debe resolver el Derecho internacional privado. Así, cuando esta figura tiene que producir efectos en un ordenamiento jurídico distinto al que lo ha regulado y que desconoce esa institución, como ocurre en el ordenamiento español (para el caso de los menores marroquíes que se encuentran en nuestro país), y existe una discontinuidad de los ordenamientos materiales en presencia, hay que buscar una institución equivalente en cuanto a sus consecuencias jurídicas.

En principio, hay que partir de que no podemos encontrar una sola institución que tenga características similares: ni la adopción, ni la tutela, y ni el acogimiento desempeñan totalmente la misma función que la kafala en el Derecho islámico.

Por ello, según la función que profese la kafala en España, caso por caso, hay que buscar una institución que se equipare en cuanto a los efectos. La jurisprudencia, tanto nacional como europea, en distintas sentencias (la más reciente, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de marzo de 2019, C-129/2018) ha dado respuestas atendiendo a la doctrina sobre las figuras jurídicas similares que existen y que se refieren a aspectos concretos de la kafala.

Con el análisis de esta figura del Derecho islámico y su acomodo en el ordenamiento español acogiendo a la doctrina y a la jurisprudencia, se pretenden dar soluciones jurídicas (que ya han sido reflejadas en alguna legislación nacional, como en nuestra Ley 54/2007 de adopción internacional, en el artículo 34 modificado por la Ley 26/2015).

LA JURISPRUDENCIA COMO SUSTITUTA DE LA DOCTRINA EN EL DERECHO URBANÍSTICO ECUATORIANO.

Jaime Alarcón Zambrano

La presente ponencia tiene como objetivo analizar la utilización de la doctrina de los autores y la jurisprudencia de los jueces y tribunales como fuentes del Derecho Urbanístico en el Ecuador.

Para cumplir con el objetivo mencionado se analizarán concisamente las características del Derecho Urbanístico ecuatoriano, los conceptos de la doctrina y la jurisprudencia, y el nivel de aplicación que tienen éstas en el desarrollo de aquel. Se revisarán, de manera preferente, fuentes directas consistentes en los fundamentos doctrinales y jurisprudenciales de las sentencias dictadas en casos relacionados al ordenamiento territorial y urbano, efectuando, finalmente, una apreciación crítica y propositiva del contexto descrito.

El Derecho Urbanístico es el conjunto de normas jurídicas que regulan las competencias de la administración pública y el comportamiento de los ciudadanos, para procurar el racional y armónico uso del suelo y de las actividades que se desarrollan en éste, con el objetivo de lograr espacios físicos ordenados, confortables y sanos para la población. El Derecho Urbanístico en el Ecuador carece de autonomía didáctica, su autonomía jurídica es insuficiente y no cuenta con autonomía científica, en razón de que no se lo considera como asignatura en las mallas curriculares de las carreras universitarias de Derecho y Arquitectura, su cuerpo normativo es exiguo y porque científicamente demanda de los métodos del Derecho Administrativo y de otras ramas del Derecho para su ejercicio, respectivamente.

Las características señaladas han generado que la doctrina jurídica, considerada como el conjunto de opiniones que utilizan los juristas en sus argumentos y que sirven de guía para ejercer el Derecho, sea muy poco utilizada en el Derecho Urbanístico ecuatoriano, y que, en cambio, la jurisprudencia, que son las decisiones emanadas por los jueces y tribunales que sirven de base para juzgar casos similares, sea la más utilizada en esta rama del Derecho, a tal punto que se podría afirmar que se está produciendo una situación en que la jurisprudencia está sustituyendo a la doctrina.

Al respecto consideramos que esta situación reduce, de manera significativa, la jerarquía de los conceptos teóricos de la dogmática jurídica. Es también probable que los jueces y tribunales en la administración de justicia no apliquen la doctrina jurídica pertinente, es decir la doctrina propia del Derecho Urbanístico, corriendo el riesgo de no considerar la calidad de determinados planteamientos dogmáticos urbanísticos, y por el contrario, utilicen solamente criterios jurídicos basados en la jurisprudencia, en unos casos, o en otras ramas del Derecho, en otros, impidiendo, de esta forma, el fortalecimiento y el normal ejercicio del Derecho Urbanístico, la indispensable relación que debe existir entre la doctrina y la jurisprudencia, y la calidad del sistema jurídico en general. Más aún que, si bien es cierto que la doctrina carece de toda fuerza obligatoria y no es vinculante, también no es menos cierto que sus contenidos razonados tienen una gran repercusión jurídica, ya que son emitidos por personas eruditas en el Derecho y por universidades y centros de estudios, que permiten junto a la jurisprudencia hacer avanzar el ejercicio y la práctica del Derecho Urbanístico y del Derecho en general.

Finalmente, y a manera de propuesta, estimamos fundamental que el Derecho Urbanístico en el Ecuador tenga autonomía didáctica, jurídica y científica, para que su propia doctrina, sea considerada por los jueces y tribunales en su justa medida y de manera independiente de las doctrinas de otras ramas del Derecho, de las cuales todavía depende el Derecho Urbanístico en el Ecuador. La autonomía del Derecho Urbanístico permitirá también una debida y equilibrada utilización de la doctrina y la jurisprudencia en esta área de Derecho.

EL INTERÉS SUPERIOR DEL MAYOR. NUEVAS VÍAS JURISPRUDENCIALES PARA LAS CAUSAS DE DESHEREDACIÓN

Francisca Ramos Fernández

En la presente comunicación se estudia la reciente jurisprudencia referente a la interpretación de las causas de desheredación del Código civil. Si bien, se habla en numerosas ocasiones del interés superior del menor con la finalidad de su protección, también deberíamos hablar de un interés superior del mayor con la misma intención de protección, en este caso de su propio patrimonio, su herencia. En la sociedad actual, desde luego, se producen, en ocasiones, situaciones muy lamentable en torno a las personas mayores, la denominada violencia filioparental, que además por su avanzada edad sufren indefensión. No disponemos de ninguna normativa específica para su protección, se impone una cada vez más urgente reforma del derecho de sucesiones para modernizar el sistema legitimario, entre otros aspectos, por lo que la jurisprudencia ha ido tomando partida y pronunciándose sobre la falta de afecto, el abandono, o los insultos y vejaciones como situaciones de maltrato psicológico como maltrato de obra incardinado en la causa de desheredación del artículo 853.2ª del Código civil. En este sentido, de un tiempo a esta parte el Tribunal Supremo se ha pronunciado, por ejemplo, en las SS 2484/2014, de 3 de junio de 2014, 565/2015, de 30 de enero de 2015, y 2492/2018, de 27 de junio de 2018, y la Dirección General de los Registros y del Notariado en sendas resoluciones de 6 de mayo de 2016 y 25 de mayo de 2017, y la doctrina especializada también se ha posicionado sobre esta interpretación del maltrato de obra del precepto mencionado. Nos proponemos, pues, partir de dicha hipótesis de la interpretación doctrinal y jurisprudencial de las causas de desheredación, en concreto el maltrato de obra, y reflexionar sobre la interpretación de las causas de desheredación en particular, sobre el sistema sucesorio en general y sobre la necesidad de proteger al mayor, así como si en un mundo tecnológico en el que nos encontramos, precisamente las nuevas tecnologías nos pueden ayudar o por el contrario perjudicar a la hora de plantear desheredar a los hijos o descendientes. Podemos concluir, aunque sea de forma provisional, de la necesidad de adaptar el régimen sucesorio del Código civil a las nuevas situaciones sociales y definir un sistema hereditario acorde con las necesidades reales de quienes van a suceder, ya que la legítima también ha perdido en la actualidad la primitiva razón de ser que alumbró la redacción decimonónica del texto legal aplicable hoy en día.

EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS ANTE EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN LA ADOPCIÓN Y EN LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

Esther Alba Ferré

Lidia Moreno Blesa

El derecho a la identidad, reconocido en el art. 8 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, es un derecho que está íntimamente relacionado con el libre desarrollo de la personalidad. Goza de una nueva dimensión, ya que hoy en día, no sólo comprende el derecho a conocer los orígenes biológicos, como lo indica la Carta Europea de Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo el 8 de julio de 1992, sino también el derecho a conocer los orígenes genéticos.

La Recomendación núm. 1443/2000 del Consejo de Europa señala que se debe asegurar el derecho de los niños adoptados a conocer sus propios orígenes y la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos de la UNESCO de 16 de octubre de 2003 en su art. 13 por primera vez, aunque sin carácter vinculante, establece que nadie debe ser privado al acceso de sus propios datos genéticos.

Será importante reconocer este derecho a la identidad a las personas adoptadas y a las nacidas por reproducción asistida heterólogas, esto es, con intervención del donante o por gestación subrogada.

El objeto de esta investigación es comprobar si existe un reconocimiento del derecho a la identidad en la adopción, en la reproducción humana asistida heteróloga y en la gestación subrogada y si se observan diferencias entre ellos. Se analizarán las principales sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) existentes en esta materia, y las posiciones de los más relevantes juristas que han estudiado esta materia.

Resultará de interés primordial estudiar en profundidad la polémica STEDH 2003/8, Gran Sala, de 13 de febrero de 2003, -caso Odièvre vs. Francia-, relacionado con el reconocimiento de una ciudadana francesa adoptada a conocer la identidad de su madre que dio a luz de forma anónima.

En el caso S.H. y otros c. Austria (asunto 57813/00, Sec. 1a 1.4.2010, rev. Gran Sala de 3 de noviembre de 2011) se pone especialmente de manifiesto las consecuencias de las distintas regulaciones de los ordenamientos de los Estados miembros en materia de reproducción asistida, en concreto en relación con la donación de gametos, donde los argumentos principales que se invocan para justificar la prohibición de la donación de óvulos son la fragmentación de la maternidad y las dificultades que plantea para el nacido a la hora de conocer sus orígenes.

La primera opinión consultiva de Estrasburgo de 10 de abril de 2019, contestando a la Corte de Casación Francesa sobre el caso Mennesson (asunto 65192/11), dice que los Estados deben reconocer el vínculo legal entre el menor nacido por gestación subrogada en el extranjero y la madre de intención, pese a reflejar el riesgo de abuso que conlleva el proceso o de que el menor no conozca su origen.

Todo lo anterior nos llevará a replantearnos si es necesario cierta armonización en relación con el reconocimiento de Derechos Fundamentales, como el Derecho a la identidad, en situaciones tan complicadas como las que se producen cuando no coincide la paternidad legal con la biológica o con los datos genéticos aportados por un donante o una madre gestante.

LA ESPECIAL RELACIÓN DOCTRINA- JURISPRUDENCIA, Y ORDENAMIENTO-SISTEMA, EN LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO DE GREGORIO ROBLES.

José J. Albert Márquez

El objeto de esta ponencia es analizar críticamente la especial relación que el Prof. Robles establece entre doctrina (o “dogmática jurídica”, o “Ciencia de los juristas”) y jurisprudencia en su Teoría Comunicacional del Derecho (TCD, en lo sucesivo). Para ello, se describirá brevemente en qué consiste la TCD, el papel fundamental que en ella desempeñan tanto la doctrina de los autores como la jurisprudencia de los tribunales, así como la estrecha relación entre ambas. Para ello se acudirá, principalmente, a fuentes directas consistentes en los trabajos doctrinales del autor en estudio. Por último, se realizará una valoración crítica de la tesis del Prof. Robles. La TCD consiste, básicamente, en el análisis del lenguaje de los juristas. En su conjunto, comprende tres niveles o partes, la *teoría formal del derecho* (o *sintaxis del derecho*: esto es, la estructura formal del derecho y las funciones formales de sus diversos elementos dentro del sistema), la llamada *pragmática jurídica* o *teoría de las decisiones jurídicas*, (que se propone indagar como pragmática del lenguaje de los juristas, los diversos actos del lenguaje que generan las normas y los demás elementos del ordenamiento jurídico); y por último, correspondiendo con la *semántica jurídica*, la *teoría de la dogmática jurídica*, (cuyo objetivo es reflexionar sobre los significados que tienen normas concretas de un ordenamiento jurídico determinado, construyendo el sistema (SIS) que refleja y completa el ordenamiento (ORD). En este esquema, uno de los principales “ejes hermenéuticos básicos” de la TCD es precisamente el constituido por la relación entre Ordenamiento (ORD) y Sistema (SIS). El ORD es un conjunto de textos jurídicos “en bruto”, aunque tendentes al orden, cuyo marco de referencia es el correspondiente

texto constitucional. El SIS, propiamente dicho, supone la máxima racionalización del ordenamiento jurídico, precisamente por la labor de la dogmática jurídica que logra prevalecer y reflejarse en la jurisprudencia de los tribunales.

Entre ORD y SIS, a modo de eslabón, el *orden sistemático o expositivo* es una cualidad de las obras de Derecho (de la dogmática jurídica) que prepara el camino para el sistema propiamente dicho (SIS). Según Robles, cuando un jurista escribe una obra hace una propuesta –ordenada sistemáticamente– con la intención de que triunfe en la vida jurídica real –esto es, de que sea aplicable por los tribunales y, en general, por los órganos que deciden sobre situaciones genéricas y concretas–. Así los textos del sistema jurídico (SIS) son aquellos que corresponden a las normas, principios y doctrinas, que realmente se aplican en un momento determinado. A juicio de Robles, la opinión dominante así entendida (opinión francamente mayoritaria entre autores y jueces) es el síntoma o indicio más destacado de que estamos ante un aspecto sistémicamente resuelto.

A su vez, las decisiones jurisprudenciales que constituyen el SIS, determinarán la evolución del ORD, y la labor hermenéutica y constructiva de la dogmática jurídica, que, a su vez, y permanentemente, aspira a constituirse en SIS. De este modo se establece una continua relación en espiral entre ORD y SIS, que asegura la permanente renovación de ambos.

Sin embargo, se puede concluir provisionalmente que la exigencia y conceptualización por parte de Robles de una dogmática constructiva probablemente implique que, de hecho, sean sólo unos pocos juristas quienes emprendan (como el propio Robles hace) la tarea de construir un *sistema*, una visión propia y completa del derecho. A lo sumo, las propuestas serán parciales sobre aspectos concretos del fenómeno jurídico. Y, lógicamente, menos aún de entre aquellos lograrán que sus tesis efectivamente constituyan “doctrina dominante”, y por tanto “verdadero” *Sistema*, tal y como Robles lo entiende.

A nuestro juicio esto reduce notablemente, al menos en la práctica, la importancia del concepto teórico de la dogmática jurídica. Es muy posible, en este sentido, que los tribunales de justicia no acaben por aplicar la mejor ni la más consistente y fundada doctrina en cada materia jurídica que aborden. Por definición, la llamada jurisprudencia menor es relativamente discrepante. Y si nos centramos en la Jurisprudencia *strictu sensu*, reduciéndola por ejemplo a nuestros Tribunales Supremo y Constitucional, se corre el riesgo de confundir la calidad de un determinado planteamiento dogmático, con criterios jurídico-políticos de conveniencia al caso enjuiciado, que precisamente determinen la no aplicación de aquella en detrimento de otra que aun no siendo técnicamente la mejor, se convierta en dominante, y, por tanto, en Sistema.

INCIDENCIA DE LA DOCTRINA CIENTÍFICA ESPAÑOLA EN LA JURISPRUDENCIA EN SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Juan Carlos Velasco Perdignes

En este trabajo de investigación vamos a profundizar en la influencia de la doctrina académica en el ámbito práctico del Derecho a partir de la jurisprudencia, acotado a la responsabilidad civil en general. El Derecho de daños se ha configurado históricamente en nuestro CC a partir de dos preceptos fundamentales, el art. 1902 para la responsabilidad extracontractual y el art. 1101 para la contractual. A partir de dicha regulación, posteriormente en determinados ámbitos de la actuación humana han emanado otras normas más específicas que han venido a suplir o completar la regulación básica decimonónica. Partiendo de la base de lo anterior, el objetivo principal de estudio se centra en la reflexión profunda sobre la relación existente entre la aplicación pragmática de la doctrina científica en la jurisprudencia a través de sus resoluciones judiciales. Debemos de partir, que el ámbito de la responsabilidad civil se ha considerado en sus inicios como una construcción de base jurisprudencial dada la generalidad de la configuración de preceptos propios del s.XIX sirviendo como base

regulatoria esencial de la institución y que tal vez en sus orígenes nos haga pensar que muchas de las resoluciones judiciales se hayan basado en la doctrina académica con objeto de suplir algunas de las lagunas.

Para poder llegar a las conclusiones de nuestro trabajo, vamos a partir de un análisis y revisión de la jurisprudencia destacando la evolución aplicativa de la doctrina en la misma, partiendo de los autores más relevantes de la disciplina. Como conclusión provisional, hemos de decir que la evolución de la incidencia de la doctrina va a partir en sus inicios de un auge frente a una disminución paulatina a nuestros días. Igualmente debe de destacarse, que conforme ha ido evolucionando la conducta humana, el sistema de responsabilidad civil y su normativización, ha ido en progreso mediante el nacimiento de normas especiales que no vienen a dejar de lado a la regulación general del CC. Esas nuevas formas del hacer humano, han venido a crear situaciones de responsabilidad civil que no se encontraban reguladas minuciosamente y que va a ser la jurisprudencia la que, va a intentar dar una solución, debiendo poner cierto énfasis en si dichas resoluciones judiciales tomaron como elemento a la doctrina más autorizada del momento. En un inicial acercamiento, el Derecho de daños parece ser que es uno de los ámbitos en los que más incide la doctrina en la jurisprudencia, como oposición a la escasa aplicabilidad en nuestros días motivado por las novedosas regulaciones de ciertas situaciones de riesgo que vienen a intentar abarcar un todo de soluciones.

LA CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DE LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE Y SU PROYECCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA SOCIAL

M^a Angustias Benito Benítez

En la evolución de la prohibición de discriminación es indiscutible que el sexo es la causa que mayor atención ha recibido por el legislador, la jurisprudencia, y la doctrina. Lo anterior explica que sea este contexto el que haya propiciado la evolución, gracias a la teoría feminista del derecho, del principio de igualdad y no discriminación, desplazándose las nuevas construcciones a otras causas de discriminación.

En efecto, el desarrollo dogmático de la discriminación por razón de sexo ha permitido la identificación de manifestaciones complejas del principio de igualdad de trato por la doctrina especializada, entre ellas, la discriminación múltiple, apareciendo rápidamente en los textos internacionales de derechos humanos.

La discriminación múltiple se presenta como un criterio de interpretación jurídica en el marco del derecho antidiscriminatorio, que permite visibilizar tratamientos discriminatorios complejos de difícil identificación cuyo impacto en la dignidad de la persona es mayor. Y aunque el concepto de discriminación múltiple ha generado diversas teorías (entre los autores españoles destaca, REY MARTÍNEZ, F., “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 84, 2008), se afirma que “lo realmente importante del concepto de discriminación múltiple se encuentra en la idea de interseccionalidad, que, al sustentar la apreciación de la desigualdad en la identificación de los prejuicios derivados de la concurrencia de dos o más causas de discriminación más que en la comparación de situaciones, supone un nuevo avance dogmático en el tránsito desde una concepción de la igualdad de trato basada en un test de comparación hacia una concepción de la igualdad de trato basada en un test de perjuicio, que, adecuadamente utilizado, permitirá mejorar la aplicación práctica de la igualdad de trato” (LOUSADA AROCHENA, J.F., “Discriminación múltiple: El estado de la cuestión y algunas reflexiones”, *Aequalitas*, núm. 41, 2017, pp. 32-33).

El objetivo del trabajo será, una vez profundizado en el estudio del término y en sus categorizaciones acudiendo a la doctrina más autorizada al respecto, analizar su incidencia en la jurisprudencia, tanto europea como nacional. Para ello nos detendremos en un conjunto de sentencias seleccionadas que

han acogido, con mayor o menos éxito, el concepto de discriminación múltiple en el orden jurisdiccional social. Dada su mayor expansión en la discriminación por razón de sexo, estudiaremos la idea de la interseccionalidad en resoluciones judiciales cuyo análisis ha pivotado sobre el sexo/género y otras causas de discriminación, tales como, la raza/etnia, la discapacidad y religión. No obstante, también tenderemos ocasión de analizar la proyección de la discriminación múltiples sobre otras combinaciones de motivos discriminatorios (por ejemplo, edad y discapacidad).

Se ha afirmado que “el proceso de expansión de la categoría conceptual ha sido así tan intenso que se puede afirmar que la discriminación múltiple está hoy de moda en la agenda política” (LOUSADA AROCHENA, J.F., “Discriminación múltiple: El estado de la cuestión y algunas reflexiones”, *Aequalitas*, núm. 41, 2017, p.31). Y aunque es cierto que ha tenido cierto desembarco a nivel normativo (nuestra LOIEMH indica en su Exposición de motivos que “*se contempla, asimismo, una especial consideración con los supuestos de doble discriminación y las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres que presentan especial vulnerabilidad*”; recogiendo en el art. 14.6 como criterio general de actuación de los Poderes Públicos “*la consideración de las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes, las niñas, las mujeres con discapacidad, las mujeres mayores, las mujeres viudas y las mujeres víctimas de violencia de género, para las cuales los poderes públicos podrán adoptar, igualmente, medidas de acción positiva*”; incluyendo en el art. 20.c) el mandato de “*diseñar e introducir los indicadores y mecanismos necesarios que permitan el conocimiento de la incidencia de otras variables cuya concurrencia resulta generadora de situaciones de discriminación múltiple en los diferentes ámbitos de intervención*”), el sistema jurídico se resiste a acoger estos avances doctrinales. El trabajo nos permitirá determinar si tal proceso expansivo ha llegado a sede judicial y, en su caso, en qué medida esta reciente construcción dogmática está calando en la jurisprudencia, y los desafíos que plantea.

LA INFLUENCIA DE LA DOCTRINA EN LA JURISPRUDENCIA SOBRE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS CELEBRADOS CON CONSUMIDORES

Cristina Argelich Comelles

El objeto del presente trabajo consiste en examinar los controles que asisten a los consumidores en materia de préstamos hipotecarios, pues fueron creados por la doctrina –particularmente la alemana–, incorporados por la normativa europea y contenidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Estos controles se refieren a controles formales como el de contenido –*ex* § 307 BGB– y el de incorporación –*Einbeziehungsvoraussetzung*–, referidos a las Condiciones Generales de la Contratación, así como el control de transparencia –*Transparenzgebot*–, relativo a las cláusulas particulares no negociadas individualmente con consumidores, como manifestación de los desequilibrios ocasionados por la asimetría negocial. En este sentido, una parte de la doctrina ha negado que el control de transparencia suponga la existencia de un nuevo control diferenciado.

La jurisprudencia europea ha armonizado los pronunciamientos en materia de préstamos hipotecarios, porque los tribunales de diferentes Estados de la Unión interpretaban erróneamente el contenido de la regulación europea. En particular, se refieren a cláusulas especialmente controvertidas como las de naturaleza financiera, las cláusulas sobre la fijación y cálculo de los intereses, y las cláusulas de naturaleza personal y obligacional. En este sentido, esta jurisprudencia ha tenido un papel importante respecto del alcance y efecto retroactivo de la nulidad ante la presencia de cláusulas abusivas, la imposibilidad de su integración, así como las consecuencias de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, a saber: la teoría italiana de la *eccessiva onerosità* o excesiva onerosidad del contrato, incorporada en el art. 6.2 de los Principios UNIDROIT y que implica la posterior renegociación del contrato; la teoría francesa de la *imprévision* o imprevisión, y la teoría alemana *Geschäftsgrundlage*

o de la base del negocio, dispuesta en el § 313 BGB, para el caso de desaparición de la base subjetiva u objetiva del contrato.

Finalmente, debemos referirnos en particular a los efectos materiales de la restitución de las prestaciones, atendidos por la doctrina y contenidos en la jurisprudencia. En este sentido, de acuerdo con las últimas tendencias fruto del proceso de armonización –de momento doctrinal– del Derecho contractual europeo, debería unificarse la indemnización con independencia de si el daño se considera contractual, por entender que el contrato se encuentra en fase de formación, o fruto de la responsabilidad extracontractual *in contrahendo* por no haberse perfeccionado el contrato, como ha venido considerando mayoritariamente la doctrina española. Si entendemos que los deberes de información son contractuales porque el contrato se encuentra en fase de formación, el incumplimiento de los deberes de información precontractual supone la contravención de un deber legal imperativo, de la misma manera que la normativa MiFID prevé para los productos financieros complejos destinados a inversores. En consecuencia, resulta defendible la nulidad por incumplimiento de una norma imperativa, según lo que disponen los arts. 6.3 y 1255 CC. En la línea de la responsabilidad contractual, es necesario señalar que los arts. 4:103 y 4:117 PECL y el art. 3.2.16 Principios UNIDROIT vinculan la indemnización del interés negativo a la existencia de dolo o error en el consentimiento. En consecuencia, sujetan el vicio del consentimiento a la existencia de un contrato en fase de formación, posición que compartimos porque los defectos en la formación van a manifestarse en la fase de ejecución, motivo por el cual carece de sentido que operen remedios extracontractuales.

LA FECUNDA COMUNICACIÓN HERMENÉUTICA ENTRE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.

Angelo Anzalone

Con referencia a la complejidad de la realidad jurídica, y, particularmente, desde una perspectiva teórica, es posible que la distinción entre “ordenamiento” y “sistema jurídico” siga teniendo sentido si con el primer término nos referimos a la precomprensión del derecho positivo realizada por el jurista de la edad de la codificación y si con el segundo aludimos a la labor de ordenación del derecho llevada a cabo, según la cultura codificadora, por la ciencia jurídica; así, la expresión de “sistema jurídico” escondería siempre la referencia a un tratamiento científico del material jurídico (VIOLA). En esta sede deseamos explicar que este tipo de planteamiento no es ajeno a la propuesta realizada por la Teoría Comunicacional del Derecho, ya que la relación entre “ordenamiento” y “sistema”, o, como prefiere calificarlo su autor (ROBLES MORCHÓN), ese eje hermenéutico básico y en espiral, descansa fundamentalmente en la labor de los juristas teóricos. Veremos que la mutua interacción entre estas dos realidades – textos jurídicos brutos y actividad doctrinal – permite hacer del derecho un sistema capaz de estar al paso con las exigencias sociales, pues consentirá una adecuada comunicación y protección de bienes jurídicos dentro de una articulada red institucional; se trata, por tanto, de una relación dinámica y hermenéutica que permite perfeccionar, implementar y mejorar al ordenamiento jurídico de referencia (MEDINA MORALES). Comprobaremos, además, que en ese dualismo básico (ordenamiento/sistema) se inserta, en un nivel intermedio, y a modo de aproximación al sistema, el “orden sistemático”, que es donde encontramos las propuestas interpretativas del material jurídico bruto (ordinamental). Ese nivel intermedio representa el núcleo duro de la relación hermenéutica en espiral que nos propone la Teoría Comunicacional del Derecho y, por tanto, el orden sistemático realizado por la ciencia de los juristas es la exposición de la materia jurídica y el conjunto de propuestas interpretativas consideradas más adecuadas; a partir de este producto intermedio, será preciso buscar aquellas propuestas que van triunfando en determinados momentos y éstas son las que conformarán, definitivamente, el sistema jurídico propiamente dicho. Todo ello nos será de suma utilidad para mantener la especial relevancia que adquiere la opinión dominante mantenida en la doctrina y aceptada por la jurisprudencia de los tribunales; como consecuencia, pues, destacaremos

la enorme importancia que adquiere la labor de los juristas (teóricos y prácticos), quienes son los auténticos motores del sistema jurídico entendido como resultado combinado entre labor didáctico-expositiva y concreción práctico-normativa. Como conclusión, señalaremos que la labor didáctico-expositiva y hermenéutico-conceptualizadora de los juristas teóricos es el paso previo, y necesario, para que los operadores jurídicos puedan encontrar las normas jurídicas aplicables a los casos concretos que deben resolver; esta última labor, ciertamente práctica, no representa el desenlace del proceso comunicacional propuesto por la mencionada teoría, ya que la ciencia de los juristas operará y elaborará nuevamente a la luz de los resultados ofrecidos por esa vertiente jurídica concreta, manteniendo así la vocación doctrinal y práctica que le es propia.

ARBITRABILIDAD, ORDEN PÚBLICO Y CONTROL JUDICIAL: LA INCIDENCIA DE LA DOCTRINA EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

José Caro Catalán

El objeto de la comunicación es analizar la incidencia de la doctrina en las sentencias dictadas entre los años 2015 y 2016 por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid que anulaban laudos que resolvían controversias relativas a contratos de permuta financiera (“swaps”). Estos pronunciamientos generaron una enorme polémica doctrinal ya que, según algunos autores, el tribunal se extralimitó en el control del laudo que prevé el art. 41 de la Ley de Arbitraje para la acción de anulación del laudo. El Tribunal, no obstante, justifica el control del fondo del laudo apoyándose explícitamente en argumentos doctrinales que defienden un mayor control del laudo cuando éste afecta a materias de orden público. En este trabajo, en primer lugar, vamos a contextualizar la problemática jurídica que se plantea para, en segundo lugar, analizar el impacto de la doctrina en su argumentación.

LA DOCTRINA CIENTÍFICA COMO MEDIO DE SOLUCIÓN A LOS CONFLICTOS LABORALES

Fulgencio Pagán Martín-Portugués

La Comunicación que se presenta a este Congreso tiene por objeto referenciar las sentencias y resoluciones judiciales que han utilizado los tribunales como sustento o refuerzo a la solución jurídica del procedimiento planteado. Huelga decir que los profesionales jurídicos exponen los hechos, los debaten, los defienden, y los acercan a su pretensión pero finalmente son los tribunales quienes dan el derecho, como establece el aforismo *da mihi facta, dabo tibi ius*. No es habitual, ni ha sido fácil, recopilar o reseñar doctrina científica autorizada insertada en las resoluciones judiciales, pues como es sabido la mecánica suele ser la contraria, la doctrina científica analiza e interpreta la norma, y para ello utiliza las sentencias o autos que han dado una distinta solución jurídica a un precepto concreto, o han resuelto un conflicto generada a partir de un vacío legal interpretando, para ello, la pretensión del legislador en la redacción de la norma. En el presente trabajo, y tras un análisis pormenorizado, se han destacado y recogido aquellas resoluciones judiciales de relevancia con cita expresa de autores de la doctrina científica, centrados en materia laboral y de seguridad social, así como en el proceso rector de los procedimientos derivados de estas disciplinas. Si bien lo ideal hubiera sido nutrir el contenido de la doctrina científica recogida por el Tribunal Supremo, estrictamente jurisprudencia, lo cierto es que como se apreciará el Alto Tribunal sólo la refiere de forma genérica, sin especificar autor, de ahí que se haya descendido a otras resoluciones judiciales, o jurisprudencia menor, que sí han utilizado la doctrina científica con reseña expresa de autor y criterio establecido por éste, salvo en el último supuesto de TSJ, recogido expresamente sin cita pero de necesaria elección.

BUSCANDO LA ‘TIERRA DE NADIE’ ENTRE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.

Letizia Coppo

La atormentada relación entre doctrina y jurisprudencia sigue planteando un acalorado debate en virtud de su íntima conexión con el núcleo de cualquiera ordenamiento jurídico. Los juristas han investigado mucho tiempo la reciproca interacción entre tales fuerzas, su punto de equilibrio y su ‘*Sollen*’. Dichas preguntas son fundamentales, pero avanzadas también, porque ellas presuponen un pleno entendimiento de que puede calificarse como ‘doctrina’ y como ‘jurisprudencia’. La complejidad contemporánea ahora enseña que entre los dos polos hay una grande variedad de fuentes híbridas las cuales son entrelazadas con ellos, pero no pertenecen exactamente a ninguna categoría y están buscando su lugar en el sistema. El pluralismo de las fuentes deja de ser un fenómeno simplemente normativo. Por nombrar solamente algunos ejemplos, recordemos los Libros Verdes de la Comisión Europea, la relación anual de el Tribunal de Casación italiano, les opiniones disidentes, les *Restatements*, y les *CISG Advisory Council Opinions*, que pretenden promover una interpretación mas armonizada de la Convención de Viena sobre la venta internacional de mercaderías. El valor de dichas fuentes, el impacto que tienen o querían tener sobre los académicos y los jueces, su legitimación, son sólo algunas de las cuestiones a tratar. Desde ese punto, el propósito de la presente contribución es de plantar semillas para una reflexión más general y cuestionar la alegación que ‘doctrina’ y ‘jurisprudencia’ son conceptos unitarios.

DETERMINAZIONE DEI COMPENSI NELL’ATTIVITÀ PROFESSIONALE DELL’AVVOCATO E AUTONOMIA PRIVATA.

Manuela Migliardi

La disciplina dei compensi dell’attività professionale forense va inquadrata alla luce del processo di globalizzazione in ambito comunitario, avendo riguardo all’ampio dibattito, che negli ultimi anni, ha coinvolto la prassi.

Al riguardo la giurisprudenza della Corte di Giustizia nel 2017 ha valutato l’incidenza nel mercato comunitario della normativa sulle tariffe forensi, fermi restando i limiti dell’Unione Europea in applicazione dell’art. 101 TFUE.

Nella rilevante decisione viene analizzata la disciplina applicativa degli Stati membri, che ha rimesso i meccanismi di determinazione delle tariffe alla discrezionalità e al controllo dell’Ordine forense sancendone la legittimità e la non contrarietà ai principi del libero mercato, se giustificate da criteri di interesse generale.

Nel nostro ordinamento il passaggio dall’abolizione dei minimi tariffari per le professioni organizzate in Ordini, ad opera della L. 24 marzo 2012 n. 27, all’introduzione dei parametri per la liquidazione dei compensi professionali con il D.M. del 20 luglio 2012, n. 140, nonché con l’entrata in vigore della legge forense n. 247 del 2012 (che ha introdotto l’art. 13), ha dato luogo a pronunzie giurisprudenziali spesso contrastanti e di diverse interpretazioni dottrinali.

Le questioni critiche attengono principalmente all’applicabilità dei parametri in via sussidiaria rispetto all’accordo tra avvocato e cliente; più specificatamente, se tali parametri siano riferibili ai singoli momenti della prestazione oppure alla prestazione considerata per intero.

Nella giurisprudenza della Cassazione sono diversi i pronunciamenti favorevoli all’applicazione dell’intera prestazione per la quantificazione dei parametri.

Al contrario la dottrina ha ritenuto, che la volontà delle parti rimane la fonte primaria per la definizione economica del rapporto; in mancanza di un accordo specifico tra avvocato e cliente, si applicano i parametri previsti dal Decreto Ministeriale integrati dalla disciplina deontologica che individua regole di comportamento idonee a misurare il corretto adempimento della prestazione, ivi incluso la definizione del compenso tra avvocato e cliente.

Aprè lo spazio all'autonomia privata la più recente giurisprudenza della Corte di legittimità che dà rilevanza al decoro professionale ex art. 2233, comma 2, c.c. quale criterio di definizione del compenso tra le parti. Secondo tale pronunciamento la liquidazione del compenso si distingue in singole fasi del rapporto anzichè la prestazione nella sua interezza. In tal modo i parametri utilizzati rispecchiano il rispetto della correttezza e il decoro dell'attività svolta.

Al riguardo la normativa sull'equo compenso, introdotta dall'art. 13 *bis* della legge forense, pone il decoro come limite nella liquidazione del compenso per le prestazioni svolte dagli avvocati in favore di imprese bancarie e assicurative nei casi in cui il rapporto economico sia regolato da convenzioni unilateralmente predisposte da predette imprese. In tale rapporto la misura del compenso viene valutata in base all'equità e le clausole inserite, ritenute vessatorie qualora ci sia un significativo squilibrio contrattuale a carico dell'avvocato.

Le principali questioni rimaste ancora aperte riguardano la rilevabilità d'ufficio della clausola vessatoria sul compenso, così come prevista dal codice del consumo ex art. 36.

Sarà interessante seguire le differenti posizioni di dottrina, giurisprudenza e del legislatore per giungere ad una soluzione condivisa.