

II JORNADAS DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y ORDENAMIENTO
JURÍDICO: SU INCIDENCIA EN LA CODIFICACIÓN

RESUMEN DE LAS MESAS



Palacio de Parcent
12 y 13 de diciembre de 2024



Los vídeos de las II Jornadas están disponibles en el canal de YouTube del Ministerio de Justicia:

Jueves 12 de diciembre:

<https://www.youtube.com/live/yBfj4c3ALqo>

Viernes 13 de diciembre:

<https://www.youtube.com/live/oTkPZAUneE4>

Edita: Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes
NIPO (ed. electrónica): 143-25-010-3

Centro de Publicaciones del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes:

<https://libreriaonline.mjjusticia.gob.es/Libreria/buscarCatalogoPublicaciones.action>

Catálogo de Publicaciones de la Administración General del Estado:

<https://cpage.mpr.gob.es>

Índice

| | |
|---|-----------|
| MESA REDONDA 1. Sección de Derecho Civil. Legítimas vs. libertad de testar: la incidencia de la inteligencia artificial en el Código | 4 |
| MESA REDONDA 2. Sección de Derecho Mercantil. La seguridad jurídica ante los nuevos retos económicos y tecnológicos | 9 |
| MESA REDONDA 3. Sección de Derecho Público. Derechos fundamentales e inteligencia artificial | 15 |
| MESA REDONDA 4. Sección de Derecho Penal. La inteligencia artificial delincuente: nuevos retos para actualización del Código Penal..... | 19 |
| MESA REDONDA 5. Sección de Derecho Procesal. La prueba electrónica | 24 |
| MESAS DE CONMEMORACIÓN DEL QUINCUAGÉSIMO ANIVERSARIO DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL. | |
| Palabras de presentación | 29 |
| MESA 1. Derecho internacional privado y derecho interregional ... | 30 |
| MESA 2. Utilidad práctica del título preliminar en los últimos años y perspectiva de futuro | 34 |

MESA REDONDA 1. Sección de Derecho Civil

Legítimas vs. libertad de testar: la incidencia de la inteligencia artificial en el Código

Moderador:

Excmo. Sr. D. Antonio Pau Pedrón. Presidente de la Sección Primera de Derecho Civil.

Ponentes:

Excmo. Sr. D. Victorio Magariños Blanco. Notario.

Excm. Sra. D.^a Belén Merino Espinar. Registradora de la propiedad.

Excm. Sra. D.^a Judith Solé Resina. Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Barcelona.

Resumen

El presidente de la Sección Primera de Derecho Civil, D. Antonio Pau Pedrón, tras saludar a los presentes, explica los encargos que ha recibido la sección relacionados con el derecho sucesorio.

El primero se refiere a la responsabilidad del heredero ante las deudas del causante. No es lógico que los acreedores del causante añadan a las deudas del patrimonio del causante las del patrimonio del heredero, lo que deriva de la concepción del heredero como sucesor de la personalidad del causante que tenemos desde el derecho romano. Aparte, esta sucesión supone un problema práctico muy grande, pues, incluso cuando ha transcurrido mucho tiempo y ya se ha aceptado la herencia, el heredero se encuentra con deudas que no conocía y ya no puede repudiar la herencia, por ejemplo, en los casos en los que el causante era avalista o era administrador de una sociedad. Este es un problema que se ha resuelto con un principio de separación del patrimonio del causante y del heredero, cada uno con su ámbito de responsabilidad. Este texto ya ha sido elaborado y está a la espera de que el ministro resuelva la publicación en la página web del Ministerio.

El segundo encargo es doble. La Sección está trabajando en la preparación de dos reformas del Código Civil con dos sistemas contrapuestos, una de ellas para establecer la absoluta libertad de testar, la otra para reformar el sistema de legítimas que ha sido tradicional en el derecho español. Cuando se redactó el Código Civil esta cuestión apenas se discutió. El presidente de la sección presenta a los ponentes de la mesa. Los vocales don Victorio Magariños y D.^a Judith Solé defienden la libertad absoluta de testar y la reforma del sistema de las legítimas se encomienda en solitario a la vocal D.^a Belén Merino por no poder asistir D.^a María Paz García Rubio, como estaba previsto en el programa. Cada grupo va a defender sus teorías, pero el gran argumento de la libertad de

testar y de reforma de las legítimas es el mismo, aunque contemplado desde perspectivas distintas: en el caso de la reforma de las legítimas, es la solidaridad familiar; para los defensores de la libertad de testar, es la evolución sociológica de la familia. Esta va a ser la primera cuestión que se plantea a los ponentes.

En tanto que el sistema de legítimas se propugna en aras de la solidaridad familiar, el presidente pregunta a la Sra. Merino qué se entiende por solidaridad familiar, pues quizás no sea preciso ir al momento sucesorio para que la solidaridad familiar se manifieste. Por lo tanto, pregunta por qué se considera que la solidaridad familiar continúa después de la muerte y por qué justifica el sistema de legítimas. La Sra. Merino argumenta que la solidaridad familiar no es el fundamento del sistema legitimario, sino el artículo 39 de la Constitución, que garantiza la protección de la familia y de los hijos con independencia de su origen. La familia crea un vínculo de vida que va más allá de la obligación de prestar alimentos. El individuo, centro de imputación de todos los derechos en la sociedad actual, no refleja el espíritu al que debemos acogernos para regular la materia. La sucesión no puede ser una tabla rasa. Tiene que ir sucedida por un derecho de alimentos *post mortem*; hay una carga legal que supone una limitación a la misma. Prescindir de una institución con gran arraigo en nuestro derecho frente a un nuevo sistema es un riesgo que no es necesario. Lo que hace falta es modificar el sistema de legítimas, de modo que se aproveche todo el bagaje acumulado y se adapte a la sociedad actual. Al contrario de lo que vaticinó Joaquín Costa, el sistema de legítimas no ha fracasado. Se ha debilitado, pero no se ha suprimido. Incluso en los países anglosajones se ha limitado la libertad de testar.

El presidente formula la misma pregunta a los partidarios de la absoluta libertad de testar. El Sr. Magariños explica que el sistema de la libertad de testar se planteó cuando se redactó el Código Civil. En uno de los grandes debates, Joaquín Costa y Giner de los Ríos decían que no era un problema social ni económico; era un problema de justicia. Por lo tanto, no se podía limitar sin fundamento. Los cambios sociales y económicos pueden ser relevantes en tanto que los juristas, preocupados por problemas de tipo técnico, no se preocuparon por los problemas sociales; no tenían en cuenta el patrimonio del causante y las relaciones del causante. Hoy se ven con más claridad los perjuicios que supone la legítima. El sistema legitimario acude al argumento de la tradición. Sin embargo, los fueros generales de Navarra y Ayala introdujeron la libertad de testar. En Aragón, existe una gran libertad de testar, también en el País Vasco y, en Galicia, desde el año 2006, hay una reducción de la legítima y se ha introducido la figura de la apartación. El ponente pregunta si es justa la limitación a la libertad de testar y tampoco es justo compensar la solidaridad desproporcionada con la reciprocidad, lo que exige buena relación a los hijos con los padres, en una relación descompensada que ofrece patrimonio a cambio de buena relación. La desheredación es uno de los grandes daños que provoca el sistema actual porque implica mucho sufrimiento. El sistema justo es un sistema de libertad de testar responsable, con un derecho de alimentos a los hijos y a los padres cuando se necesita. Los partidarios de la legítima también utilizan el argumento del peligro de

la captación de voluntad; sin embargo, no se puede establecer como norma general algo que es excepcional, se elimina con el control notarial y, si no es suficiente, con el control judicial. Los notarios advierten una reacción de rechazo generalizado a no poder disponer de su patrimonio. El argumento de la tradición tampoco es válido, pues en Castilla hubo libertad de testar cuando, a partir del siglo XIV, el mayorazgo eliminó la legítima y conservó y respetó el derecho de alimentos. Por lo tanto, la tradición de legítimas empieza realmente con el Código Civil.

El presidente comenta los problemas que se suscitan en relación con las nuevas formas de familia. En la doctrina europea, se ha planteado la posible extensión de la legítima a los hijastros, si son menores, y son tratados como familia por el causante. Igualmente, las parejas de hecho no tienen reconocido derecho sucesorio alguno. La Sra. Merino expone que el sistema de legítimas también propugna la justicia social y no advierte que haya un rechazo al sistema. Sí que hay rechazo a los abusos y esos abusos están previstos en la reforma. Por lo que se refiere a la cuestión que se comenta, en ningún ordenamiento analizado se han reconocido derechos a los hijastros, por lo que no procede aumentar el número de legitimarios ni en el caso de los hijastros ni en el caso de la pareja de hecho. La propuesta reduce la legítima de los hijos, que concurren con el cónyuge viudo, y se da libertad al causante para disponer de la mitad de su patrimonio. Por otro lado, remendar el concepto de pareja de hecho con regulaciones parciales no soluciona todos los problemas. La sentencia del Tribunal Constitucional de 2013 sobre la legislación navarra denegó la consideración paralela de la pareja de hecho con respecto al matrimonio porque contravenía la voluntad de las personas. Aumentar la libertad de testar del testador es un derecho, pero también una obligación, porque la redacción del testamento tiene que ser pormenorizada y adaptada a sus circunstancias.

El presidente pregunta si el artículo 33 de la Constitución apoya la reforma de la libertad absoluta de testar. Antes de responder, la Prof.^a Solé comenta la necesidad de tener en cuenta los cambios sociales, que ponen en duda el sistema de las legítimas, como es el aumento de la esperanza de vida y que los hijos son mayores en el momento de la sucesión, así como que los hijos cada vez son menos solidarios con los padres; está también el problema de las familias reconstituidas. Por lo que se refiere a los convivientes *more uxorio*, la ponente señala que el acento se tiene que poner sobre la convivencia y destaca que se ha planteado una cuestión de constitucionalidad sobre la ley catalana que permitirá completar la visión. Por lo tanto, la solidaridad familiar es necesaria solo cuando haya situación de necesidad. Fijar una legítima, que es una cuota fija, indiscriminada, sobre determinadas personas, no tiene relación con la solidaridad familiar. La función social establecida en el artículo 33 sí que se relaciona con la protección de la familia. La ponente concluye que la libertad de testar se adapta mejor a las necesidades.

La Sra. Merino considera que el comentario sobre la convivencia es relevante, pero el sistema de alimentos puede generar muchos conflictos, pues hay que reclamárselo al heredero, que puede ser una tercera persona sin ningún vínculo familiar con la persona

necesitada de alimentos. Al ser la finalidad de los dos sistemas la misma, la ponente considera que el sistema de legítimas tiene mucho futuro.

El presidente pregunta a la Sra. Merino por la transformación de la naturaleza de la legítima, en el sentido de dejar de ser una parte de los bienes hereditarios para convertirse en un crédito que debe satisfacer el heredero, y cuál es la justificación de este cambio, porque la sociedad no lo va a entender. La Sra. Merino explica que se sigue la tendencia de las últimas reformas que permiten el pago de las legítimas con dinero extrahereditario en determinados supuestos. La ventaja es que supone un empoderamiento del testador, sujeto a una serie de límites, y tiene consecuencias prácticas porque se van a evitar situaciones de abuso o preferencia en la partición, se va a evitar la existencia de comunidades cuando solo hay un bien hereditario y se va a evitar la venta de bienes para pagar la herencia en situaciones poco ventajosas. Siempre se estará a lo dispuesto por el testador en el momento; pero, si no lo hace, el heredero, que podrá ser legitimario o no, tendrá más facilidad para gestionar el patrimonio.

El presidente pregunta por el derecho de alimentos *post mortem*, que tiene un cierto tinte de legítima asistencial, que el heredero tendrá que gestionar. Como dice el Sr. Magariños, se concreta un derecho de alimentos para los hijos hasta los veintiséis años, se garantiza su formación y se reconoce un derecho a favor de los padres y del cónyuge si lo necesitan. El derecho de alimentos se aproxima a la actividad asistencial, pero no conviene enturbiar el derecho; las legítimas que regulan la actividad asistencial plantean el problema de la determinación cuota.

Para cerrar la mesa, el presidente invita a los ponentes a debatir sobre la incidencia de la inteligencia artificial en el Código Civil.

La Prof.^a Solé señala que la inteligencia artificial incide prácticamente en todos los aspectos, pero lo más importante es la materia de contratos y menciona las fases de la elaboración de un contrato, como la redacción, la formación de la voluntad (cuáles van a ser nuestras necesidades futuras, los vicios del consentimiento, el consentimiento a distancia), el contenido del contrato (cómo interpretar la cesión de la voz de los dobladores, la cesión que en un momento tenía un ámbito y luego es utilizada por inteligencia artificial). También cita los derechos de la personalidad, prácticas prohibidas que requieren reformar la Ley Orgánica sobre el derecho al honor y a la propia imagen en la que ya se está trabajando, así como toda la cuestión de la propiedad intelectual, donde cambia el concepto de derecho de autor, o la responsabilidad civil.

La Sra. Merino destaca que la inteligencia artificial va a suponer la necesidad de modificar todas las ramas de nuestro ordenamiento para dar respuesta a aplicaciones modificadas. La ponente se pregunta si la inteligencia artificial facilitará la gestión de los expedientes de partición de las herencias. Por otro lado, comenta la relevancia de la directiva europea en materia de responsabilidad civil por los daños ocasionados por productos defectuosos, que requiere incluir todos los productos generados por inteligencia artificial. Aunque la anterior directiva fue transpuesta en una ley especial, la ponente reclama la competencia

de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación porque no afecta solo a los contratos de los consumidores, sino a todos los contratos, por lo que es preciso analizar el régimen de responsabilidad civil de nuestro código.

El presidente concluye la intervención de la mesa de la Sección de Derecho Civil.

MESA REDONDA 2. Sección de Derecho Mercantil

La seguridad jurídica ante los nuevos retos económicos y tecnológicos

Moderadora:

Excma. Sra. D.^a Carmen Alonso Ledesma. Presidenta de la Sección Segunda de Derecho Mercantil.

Ponentes:

Excma. Sra. D.^a Esperanza Gallego Sánchez. Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad de Alicante.

Excma. Sra. D.^a María Jesús Guerrero Lebrón. Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad Pablo de Olavide.

Excmo. Sr. D. Ángel José Rojo Fernández-Río. Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid.

Resumen

Procediendo a la apertura de la mesa, la presidenta expone que en su opinión los grandes desafíos a los que se enfrenta en la actualidad el derecho mercantil son la revolución tecnológica, de la cual forman parte la inteligencia artificial y la sostenibilidad. Desafíos que obligan a revisar viejos conceptos y a formular nuevas soluciones para afrontar estos retos, lo que debe hacerse sin perder de vista lo que constituye la esencia del derecho, que no es otra cosa que la seguridad jurídica, es decir, la solución previsible, pacífica y razonable de los conflictos.

Por una parte, subraya la hiperproducción normativa que viene de la Unión Europea, con normas que se solapan, superponen y contradicen, de manera que carece a veces de la técnica jurídica necesaria y hace difícil su traslado al ámbito nacional. De otra parte, y a raíz de lo que el rápido desarrollo económico y tecnológico plantea, ello tiene su reflejo en la inteligencia artificial, potente motor de transformación económica y social, cuyo tratamiento jurídico debe ser sumamente cuidadoso, ponderando todos los intereses en juego. Resulta necesario definir con claridad la noción del sistema de inteligencia artificial y sus distintos modelos para poder ofrecer seguridad jurídica y, al mismo tiempo, establecer la necesaria flexibilidad.

Asimismo, el control de los riesgos y el análisis previsible de los eventuales daños que puede causar un funcionamiento incorrecto de la inteligencia artificial son elementos esenciales para tratar de minimizar los efectos negativos de esta tecnología. Destaca que los componentes básicos de la seguridad jurídica resultan, por tanto, fundamentales, tanto para los creadores –los llamados proveedores de la inteligencia artificial– como también para los usuarios, que son los implementadores

de esta, y subraya la necesidad de que se establezca una gobernanza internacional de la inteligencia artificial.

Expresado lo anterior, plantea distintas cuestiones a los ponentes de la mesa.

Al Prof. Rojo le consulta en qué medida la proliferación de normas nacionales e internacionales que pretenden dar solución a los nuevos retos económicos y tecnológicos permiten garantizar la seguridad jurídica. El Prof. Rojo destaca, en primer lugar, que el problema de la inteligencia artificial le preocupa más como ciudadano que como jurista, porque la inteligencia artificial va a estar fundamentalmente operada por las grandes corporaciones empresariales en búsqueda de su objetivo: dominar intensamente el mercado y obtener de él el mayor porcentaje de lucro posible. Ante ello, afirma, los mecanismos que se están articulando en un plano incipiente, a distintos niveles (nacional internacional) adolecen de cierta simplicidad e ingenuidad, de modo que aborda la cuestión desde un plano defensivo más que preventivo.

Se muestra preocupado por la capacidad de los grandes operadores de inteligencia artificial para incidir en la información que reciben los ciudadanos y condicionar eventualmente sus reacciones. Como jurista, afirma, lo que le preocupa es el doble fenómeno del desafío económico y del desafío tecnológico, que son distintos. Afirma que le inquieta como jurista la falta de jerarquía de los problemas básicos, así como la proliferación de centros normativos y de lugares de iniciativas. Cuestiona, finalmente, que la manera de enfrentar estos nuevos retos sea la producción masiva de burocracia (papel, informes) y los requerimientos y exigencias accesorias, y se olvidan las nuevas normas de exigir y regular (en materia societaria) las cuestiones más esenciales. Finalmente, y respecto a la inefficiencia normativa, expone que el legislador debe siempre preguntarse para qué sirve la norma y sus ratios, y no producir normas, o, más en específico, sanciones normativas, que luego van a ser de muy o imposible aplicación.

La presidenta consulta igualmente a la Prof.^a Guerrero sobre si la inteligencia artificial puede desempeñar un importante papel, precisamente para solventar alguno de los problemas planteados: para simplificar y racionalizar la normativa, evitar solapamientos, detectar contradicciones etc. La profesora Guerrero responde que en buenas manos la inteligencia artificial puede ser una herramienta que nos ayude en varios planos: primero como sistema capaz de analizar grandes volúmenes de legislación y de hacerlo de forma rápida y precisa, que sirve para detectar donde hay inconsistencias, solapamientos o problemas de contradicción entre normas. En segundo lugar, un sistema de inteligencia artificial que utilice algoritmos y análisis predictivos puede permitir saber dónde están las demandas sociales, dónde están las tendencias económicas, los posibles conflictos legales emergentes. Subraya, sin embargo, la necesidad de adoptar precauciones en dos ámbitos esenciales: la transparencia de los algoritmos –los sesgos y la necesidad de neutralidad tecnológica– y la excesiva dependencia tecnológica en detrimento del juicio humano y del razonamiento del jurista.

Tras ello, la presidenta formula a la Prof.^a Gallego la cuestión sobre el potencial de la inteligencia artificial para transformar la empresa y su incidencia en el derecho de sociedades. La Prof.^a Gallego afirma que dicha transformación ya está ocurriendo, puesto que muchas grandes sociedades cotizadas lo admitan, más o menos, veladamente, ya están utilizando la inteligencia artificial para la toma de sus decisiones. Desarrolla la cuestión de la inteligencia artificial generativa, que incluye tanto el aprendizaje automático como el aprendizaje profundo, de forma que emula este último la forma de trabajar del cerebro humano. Afirma que conviene recordar que dichos sistemas tienen una capacidad de inducción, una capacidad de autoaprendizaje y, por eso, tienen una autonomía del ser humano y recalca la necesidad de no confundir el *big data* (software que proporciona los datos al sistema de inteligencia artificial) con el software-algoritmos de inteligencia artificial. Indica que este sistema de inteligencia artificial, de estas características, permite que las decisiones, que normalmente antes adoptaban los miembros de un consejo de administración, las personas, sean ahora adoptadas por un sistema de inteligencia artificial, y procesan millones de datos con mucha mayor rapidez y, *a priori*, de forma mucho más objetiva que el ser humano.

La presidenta se interesa también sobre la cuestión de la responsabilidad y los deberes de los administradores sociales en relación con el uso de la inteligencia artificial y la discrecionalidad (*judgement business rule*), así como la posibilidad de exoneración por decisiones debidamente informadas. La Prof.^a Gallego expone que, por el momento, existen dos posibilidades: que los miembros del Consejo de Administración utilicen el sistema de inteligencia artificial para ayudarse en la adopción de sus decisiones o que el sistema adopte autónomamente la decisión. Aquí, subraya, se aplicaría la regla de la discrecionalidad empresarial en primer lugar a la adopción por parte del Consejo de Administración del uso sistema de inteligencia artificial al ser una decisión estratégica y de negocio. Luego, respecto de las decisiones concretas y particulares adoptadas por el sistema, el Consejo de Administración debería cerciorarse de que es el mejor sistema de inteligencia artificial posible, que aporte los datos de salvaguardia, etc. Finalmente, cuando el Consejo de Administración adopta la decisión que ha tomado el sistema de inteligencia artificial, debería de valorarse con los parámetros que hoy en día tenemos (buena fe, razonabilidad de la decisión e información adecuada en el proceso), y asegurarse de la suficiencia y fiabilidad de la información y del deber de vigilancia de los administradores de que no existan riesgos que puedan causar daños.

Para pasar a otro asunto, pregunta la presidenta al Prof. Rojo si la existencia de los juzgados de lo mercantil ha contribuido a la mejora de la seguridad jurídica. El Prof. Rojo indica que siempre ha sido partidario de la especialización judicial, puesto que quien añade conocimiento añade seguridad. No obstante, subraya que como asignatura pendiente resta la especialización de la oficina judicial también, pues las sentencias tardías en el ámbito mercantil no tienen ningún sentido y, en determinados procedimientos, la llevanza diligente de ese procedimiento es esencial. Por último, y respecto a la cultura judicial de los jueces de lo mercantil, sugiere que sería interesante que, como sucede en

otros países, antes de dictarse sentencia, sobre todo en sede casacional, se pusiese de relieve el estado de la cuestión a nivel de la doctrina científica. Apela a la nostalgia de la antigua norma en derecho prusiano que, en los asuntos complejos, mandaba remitir los autos a la universidad antes de dictar sentencia.

En el ámbito del transporte, la presidenta consulta a la Prof.^a Guerrero, en su calidad de experta, qué papel desempeña la inteligencia artificial y cuáles son los retos a los que debería hacer frente. Afirma la profesora que no cabe duda de la incidencia que está teniendo la inteligencia artificial, que está, en realidad, redefiniendo todos los aspectos, favoreciendo la movilidad y reduciendo los impactos negativos. Cita como ejemplos los sistemas SAE de ayuda y auxilio al conductor, que ya utilizan inteligencia artificial, si bien indica que el sistema SAE 5 de conducción autónoma aún no está permitido en nuestra normativa.

Afirma que, más allá del artículo 11.bis de la Ley de Tráfico, ya se preparan normas de cara al futuro para la conducción autónoma. En el ámbito marítimo, destaca la existencia de buques autónomos. La tecnología está ahí y es algo con lo que tenemos que contar también; y subraya el proyecto de reforma de la ley de puertos del Estado y de la Marina Mercante y de la Ley de Navegación Marítima, en la que se hace una referencia expresa a los buques autónomos.

En el ámbito aéreo, igualmente destaca el Real Decreto 17/2024, publicado ese verano, donde existe un reconocimiento expreso en la normativa a los vehículos aéreos autónomos. Como retos en el sector, subraya el de la responsabilidad, concretamente, el de responsable final de una actuación en caso de fallos, así como la distribución de la responsabilidad, en su caso, entre operador, proveedor o desarrollador.

Respecto a la incidencia de la inteligencia artificial en ámbito de la propiedad intelectual, la presidenta pregunta a la Prof.^a Gallego respecto a la afectación en marcas, patentes, etc. La Prof.^a Gallego subraya que las ventajas de la inteligencia artificial son evidentes en el sistema de marcas para detectar identidades y similitudes, decidir si, efectivamente, se puede registrar la marca porque no genera riesgo de confusión o se puede instar la nulidad de la marca contraria. Subraya también las ventajas de la inteligencia artificial para realizar análisis de la documentación para conocer el estado de la técnica y la novedad a efectos de patentabilidad, redactar las reivindicaciones, detectar infracciones o usos no autorizados de patentes, etc. En derechos de autor, subraya distintos problemas, dos de ellos importantes: la recolección de datos por parte de la inteligencia artificial y la reproducción de obras ajenas protegidas y tuteladas por derechos de autor; pone como ejemplo un real decreto del año 2021 que incorpora la directiva de derechos de autor en el mercado digital y la polémica de los límites en la minería de textos para entrenar la inteligencia artificial y la carga de su oposición. Como segundo problema, destaca el de la autoría de los algoritmos de obras protegidas por derechos de la propiedad intelectual y afirma que ni en derechos de autor ni en patentes se admite por ahora. En segundo lugar, afirma que en el sistema de IA los algoritmos carecen de originalidad.

Cambiando de temática, consulta la presidenta al Prof. Rojo sobre la nueva directiva de responsabilidad por productos defectuosos. El Prof. Rojo subraya diversos problemas en los siguientes planos: en primer lugar, la idoneidad del instrumento normativo comunitario (por qué una directiva y no un reglamento); en segundo lugar, en el plano político, que el Ministerio será el encargado de su transposición y el ámbito (consumo), pues afirma que estamos en el ámbito de la responsabilidad civil especial, en un tercer plano, aborda lo que se conocen como riesgos de desarrollo de los productos, aquellos riesgos que no existían en el momento de la creación del producto con el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la emisión en el mercado, y que la directiva permite a los Estados miembros cubrir, si lo estiman oportuno. Afirma que la inteligencia artificial multiplica la potencialidad de los eventuales daños y sugiere tener en cuenta las consecuencias en costes asegurativos. Concluye que, a medida que aumenten los productos más sofisticados, productos generados por inteligencia artificial o con unos medios muy difíciles, será cada vez más difícil por parte del dañado determinar dónde está la causa del daño y, aunque se simplifique mucho la prueba, la relación de causalidad. Manifiesta que estamos ante un mundo de una complejidad extrema desde todos los puntos de vista.

La presidenta pregunta a los ponentes en qué medida esta normativa soluciona todos los problemas que plantea la inteligencia artificial.

La Prof.^a Gallego explica que, junto con la normativa citada, está elaborándose una directiva de responsabilidad civil extracontractual más sencilla, cuyas principales novedades se presentan en la cuestión probatoria y de relación de causalidad.

En el ámbito del transporte, la Prof.^a Guerrero señala que la proliferación de normas a distintos niveles –nacional, comunitario e internacional–, finalmente, provoca incongruencias. Cita como ejemplos el real decreto de vehículos autónomos aéreos, que aborda muchas cuestiones técnicas, dejando de lado la de la responsabilidad, que se regula en la Ley de navegación aérea del año 1961 con un sistema de responsabilidad de tipo objetivo que marca límites indemnizatorios en función del peso de la nave sin tener en cuenta, a diferencia de la regulación comunitaria en vigor, el riesgo, y como criterio de determinación de la responsabilidad, la forma de la operación y, sobre todo, el entorno. Asimismo, y a efectos de los operadores extranjeros, subraya la existencia del Convenio de Roma del año 1952, no denunciado, que regula los daños en superficies por aeronaves extranjeras cuyos límites indemnizatorios obsoletos están fijados en francos. Concluye que el reciente real decreto de agosto de 2024 tampoco habla de responsabilidad, pero sí de seguros mínimos, cuyas cuantías no están coordinadas con la normativa anterior, lo que concurre riesgos de sobreaseguramiento establecido por ley.

Finalmente, y para concluir, la presidenta consulta a los ponentes en qué medida se debilita o se resiente la seguridad jurídica cuando se hacen reformas o modificaciones de una determinada ley o cuerpo legal al margen de la Comisión General de Codificación. El Prof. Rojo, como defensor a ultranza de la labor de la Comisión, anima al Ministerio actual

a contar con la labor de asesoramiento de esta y recalca su capacidad para controlar la acción legislativa de los distintos ministerios. Indica que, pese a la existencia de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa y el personal extremadamente cualificado de las secretarías generales técnicas, es necesario contar con los perfiles, no comparables, de los miembros de las distintas secciones de la Comisión General de Codificación, y advierte de los riesgos de preceptos y normas «outsider», introducidas en textos elaborados y cerrados por las secciones de la Comisión. Concluye que la buena ley es garantía de seguridad jurídica e invita a reflexionar sobre los costes económicos, sociales y personales de las buenas y malas leyes, de modo que recuerda la pesada carga de pleitear, incluso para los vencedores.

MESA REDONDA 3. Sección de Derecho Público

Derechos fundamentales e inteligencia artificial

Moderador:

Excmo. Sr. D. José Luis Piñar Mañas. Presidente de la Sección Tercera de Derecho Público.

Ponentes:

Excmo. Sr. D. Felio José Bauzá Martorell. Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de las Islas Baleares. Presidente del Consejo Consultivo de las Islas Baleares.

Excma. Sra. D.^a Araceli Mangas Martín. Catedrática de Derecho Internacional Público de la Universidad Complutense de Madrid.

Excmo. Sr. D. Ricardo Rivero Ortega. Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca.

Excma. Sra. D.^a Ana Sánchez Lamelas. Profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Cantabria.

Resumen

El presidente presenta a los integrantes de la mesa, todos ellos vocales permanentes de la Sección de Derecho Público de la Comisión General de Codificación. Inicia su exposición partiendo del marco normativo europeo y de cómo afecta a los derechos fundamentales y a los poderes públicos, legislativo, judicial y, en especial, a la Administración pública y las relaciones con los ciudadanos, precisando que se habla de inteligencia artificial y de derechos fundamentales, de los valores esenciales que informan las democracias europeas. Hace referencia al informe Draghi de este año, que se centra en tres focos: la innovación, la descarbonización la seguridad y la no dependencia. Es necesario invertir en inteligencia artificial en la Unión Europea (UE). En Estados Unidos, en los últimos años, se han invertido unos 300 000 millones; en China, aproximadamente, 100 000 y, en Europa, unos 20 000, por lo que esta última queda al margen de toda competitividad. De las cincuenta mayores compañías tecnológicas del mundo, solamente cuatro son europeas, tres de ellas del sector de la automoción, y son ellas las que podrán controlar y condicionar los derechos fundamentales y la generación de opiniones, así como la toma de decisiones, en definitiva, el desarrollo de la democracia. Plantea a D.^a Araceli Mangas qué importancia jurídica autónoma tienen los valores recogidos en el artículo 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en el marco de la compleja regulación sobre inteligencia artificial que hay en Europa, en particular, del reciente Reglamento.

D.^a Araceli Mangas Martín comienza agradeciendo su designación para formar parte de la mesa. La importancia que tienen los valores del artículo 2 del TFUE en el Reglamento de Inteligencia Artificial, en el que se traslucen una intensa preocupación, especialmente

en Europa, va a servir para la ejecución del Convenio Marco del Consejo de Europa sobre IA, derechos fundamentales, democracia y Estado de Derecho. El artículo 2 del TFUE es clave, atribuye a la unión el ejercicio de la soberanía, contrapesada con los valores que se comparten por los Estados miembros, establece valores que no son postulados políticos, sino principios del derecho, que se exigen para la adhesión. Así lo ha expresado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en la sentencia de 19 de noviembre que recoge jurisprudencia de años anteriores, dictadas en momentos en que ha flaqueado la democracia en algunos países como Polonia, República Checa y Hungría, y que ya es doctrina consolidada.

La regulación sobre inteligencia artificial puede incidir en el mercado común y así se dice en el Reglamento. En relación con la fragmentación normativa de la UE, hace referencia al artículo del Prof. Santamaría Pastor sobre acumulación normativa que se produce en España. La seguridad nacional, en cambio, queda fuera del Reglamento porque es competencia exclusiva de los Estados miembros. Debe existir un equilibrio entre salvaguardar los valores y no asfixiar la innovación.

En definitiva, es necesario que haya menos normas pero que estas sean más operativas.

El presidente pregunta cuáles son los derechos fundamentales más afectados por la inteligencia artificial y que han de ser protegidos por el derecho público y, en particular, por el derecho administrativo. D. Ricardo Rivero Ortega centra su enfoque en la libertad en general e incluye las libertades económicas, que están en juego en la regulación de la inteligencia artificial. Destaca que el Reglamento es prolífico y farragoso en su redacción y declina la responsabilidad, para evitar daños, en los proveedores y responsables del despliegue y contiene presunciones de responsabilidad por los deberes de cuidado, que es un concepto muy común en derecho europeo, sin enviarlo a los poderes públicos. Con todo ello, las libertades económicas pueden verse perjudicadas.

Invita al Ministerio a estudiar la idea de que el desarrollo normativo del Reglamento sea intermedio para no desincentivar la instalación de empresas, la inversión. La regulación europea y aún más la española son desincentivadoras.

El presidente pregunta por las consecuencias y el planeamiento de la aplicación de la inteligencia artificial por los poderes públicos, en concreto, por el Poder Judicial. D. Felio José Bauzá Martorell responde que se va con retraso en la asimilación de nuevas tecnologías, como la inteligencia artificial generativa, que de una tesis planteada extrae los datos. En el ámbito del Poder Judicial, la duda estriba en que se pueda llegar a dictar una sentencia con inteligencia artificial. Según la normativa vigente, no puede hacerse, pero sí podría aproximarse.

El Real Decreto Ley 6/2003, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, en su capítulo vii, prevé medidas de digitalización, medidas proactivas o automatizadas. Se

entiendo por actuaciones proactivas las actuaciones automatizadas, autoiniciadas por los sistemas de información sin intervención humana, que aprovechan la información incorporada en un expediente o procedimiento de una Administración pública con un fin determinado para generar avisos o efectos directos a otros fines distintos, en el mismo o en otros expedientes, de la misma o de otra Administración pública, en todo caso conformes con la ley.

Está pensado para resoluciones de trámite o resolutorias simples, que no exigen razonamiento jurídico. La actuación automatizada proactiva consiste en generar avisos a partir del expediente y sus limitaciones, que hay que tener en cuenta, son que se pueda identificar, que se pueda llevar a cabo y que se pueda revertir. Es también problemático que un borrador de un documento complejo basado en datos puede acabar siendo una sentencia. Por lo tanto, siempre tendrá que ser validado por el juez.

La inteligencia artificial y la automatización de procesos pueden ser muy interesante para la estadística de estimación o desestimación de recursos, para aconsejar ante un tribunal o no.

Realmente, es un gran desafío.

El presidente abre como tema de coloquio la aplicación de la inteligencia artificial en la Administración pública. D.^a Ana Sánchez Lamelas señala que, en referencia a cómo usa la Administración pública la inteligencia artificial, la doctrina ha escrito mucho. En general, se ha generado poca litigiosidad. La Administración automatizada es diferente, es una especie de superfuncionario que, si se equivoca, el error será sistemático.

Como mecanismo alternativo se podría pensar en controladores internos. En todo caso, está claro que hay que dar indicaciones al programador. Precisa que, en el ámbito de la discrecionalidad, la inteligencia artificial tiene más sentido. Como ejemplo, el sistema penitenciario Cataluña ha introducido un sistema algorítmico que predice el riesgo de reincidencia de un preso para conceder beneficios penitenciarios. A partir de los datos introducidos, la inteligencia artificial deduce patrones. Los problemas que surgen son, en primer lugar, que la inteligencia artificial no mira al pasado y el derecho administrativo debe de cuidar que se respete la igualdad. Por otra parte, estaría la falta de motivación administrativa que une el acto administrativo con la legalidad. Es decir, conocemos los datos, pero no la razón concreta por la que ha tomado una decisión por una persona concreta.

El presidente recuerda que en Brasil se ha aprobado una normativa sobre inteligencia artificial. En un contexto en el que se cuestiona la defensa de la democracia y los derechos fundamentales es complicado saber cómo se ha de controlar la IA. D.^a Araceli Mangas Martín subraya que las democracias, hoy en día, se conciben como autoritarias y se ponen como ejemplo a Trump o al Brexit. En Occidente, se ha roto el consenso, la solución puede ser similar a la de Estados Unidos, que es de autorización automática, salvo que se acredite que puede producirse un daño. Europa sigue un sistema de autorización previa, primero se deja actuar y después se supervisa.

El presidente señala que es necesaria una iniciativa legislativa para regular los derechos fundamentales en relación con la inteligencia artificial. D. Ricardo Rivero Ortega está de acuerdo. El legislador estatal tiene que legislar para evitar el caos, de modo que establezca una definición de inteligencia artificial que evite la sobreactuación de la UE a través de un reglamento. Por una parte, en Estados Unidos se opta por la desregularización y en la UE por la sobreactuación.

El presidente plantea la relación entre inteligencia artificial y Poder Judicial, si hay legislación que la regule. D. Felio José Bauzá Martorell responde que no hay legislación al respecto, pero sería conveniente el uso de la inteligencia artificial en las tablas de vigencias y derogaciones normativas. En los parámetros de constitucionalidad se podría utilizar, pero con precauciones.

El presidente pregunta si es suficiente la normativa actual. D.^a Ana Sánchez Lamelas dice que se requiere una norma estatal, un marco común y claro con un lenguaje fácil de entender.

El presidente recapitula sobre la necesidad de regular la inteligencia artificial y los derechos fundamentales. Es una ocasión para estar a la vanguardia de la regulación en el marco de la seguridad jurídica, equilibrada entre los dos ámbitos.

MESA REDONDA 4. Sección de Derecho Penal

La inteligencia artificial delincuente: nuevos retos para actualización del Código Penal

Moderador:

Excmo. Sr. D. Esteban Mestre Delgado. Presidente de la Sección Cuarta de Derecho Penal.

Ponentes:

Excma. Sra. D.^a Patricia Faraldo Cabana. Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de La Coruña.

Excma. Sra. D.^a Carmen Gómez Rivero. Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla.

Excma. Sra. D.^a Carmen Lamarca Pérez. Catedrática (jubilada) de Derecho Penal de la Universidad Carlos III de Madrid.

Excma. Sra. D.^a Lucía Pedreño Navarro. Abogada del Estado, Dirección General de lo Contencioso de la Abogacía General del Estado.

Resumen

El moderador, después de agradecer la impecable organización y coordinación de las jornadas, presenta a la sección cuarta de la CGC como muy concernida con los riesgos de la inteligencia artificial y preparados para poner al servicio del Ministerio la articulación de las posibles respuestas legislativas.

Destaca el rápido desarrollo de la inteligencia artificial, al que califica de «tsunami», por su rápida expansión y desarrollo (la revolución tecnológica para su generación fue el fax y ahora tiene que explicar a los jóvenes qué es un fax) y menciona la primera definición de inteligencia artificial que John McCarthy dio en 1956 y cómo desde entonces ha evolucionado, creando ordenadores, software, algoritmos, etc.

Señala las dos direcciones en las que se manifiesta este crecimiento: el análisis y sistematización de datos y la construcción de máquinas inteligentes y da varios ejemplos de este avance rápido desde 1956. Y afirma que los penalistas «somos unos descreídos», y nos surgen muchas dudas, de las que la literatura y la ciencia ficción ya nos avisó (cita a Arthur C. Clarke, *Una odisea espacial*: 2001).

Menciona como elementos discordantes, en primer lugar, la picaresca, y cita como ejemplo el uso de inteligencia artificial (ChapGPT) en los trabajos de fin de grado, de máster y tesis doctorales o en algunos escritos procesales presentados en el Tribunal Constitucional. En segundo lugar, menciona el uso peligroso, al que se refiere el Reglamento de inteligencia artificial de la UE 2024/1689, que garantiza que los

sistemas de inteligencia artificial se utilicen y desarrollen de forma responsable, y que aborda los riesgos relacionados con la inteligencia artificial, como los sesgos o la discriminación. En tercer lugar, se detiene en el uso delictivo, el que daña a las personas o las instituciones, que es el que se va a analizar en la mesa, y sobre el que destacan los dos límites que condicionan la realidad: el de legalidad y el derivado del tiempo. Señala cómo los delincuentes aprovechan las lagunas de la ley para delinquir, que la realidad siempre va más adelantada que el legislador y que la sociedad actual exige una legislación más rápida. En este punto, da ejemplos de lo fácil que resulta con la inteligencia artificial manipular una imagen y difundirla, sin que exista derecho a réplica, ya que los delitos de suplantación de personalidad en la red no existen.

Después de reiterar que la Sección Cuarta está muy concernida por estos riesgos, da la palabra a las ponentes y presenta a la primera de ellas, Patricia Faraldo Cabana, cuya intervención, adelanta la ponente, se va a centrar en dos figuras: la suplantación de identidad digital y las violencias en la red y el ciberexhibicionismo.

Sobre la suplantación de identidad digital, ofrece dos ejemplos prácticos (el uso de nombre, apellidos y DNI para pedir un préstamo rápido que provoca la inclusión en la lista de morosos y el uso de identidad falsa por teléfono para realizar transferencias mediante suplantación de identidad). En relación con el concepto de «identidad» que contiene el Código Penal, aclara que no es el conjunto de rasgos que permiten identificar a una persona como tal, sino que el uso de la «identidad» contenido en el Código Penal se refiere a la identidad como igualdad social o de género, pero no a la identificativa de la persona.

Por ello, menciona que hay que acudir a otras figuras que va enumerando: la primera es la usurpación de estado civil, que podría ser un modelo, aunque decimonónico, para la regulación del nuevo tipo. Describe lo que se entiende por estado civil y cómo se configura este delito en el Código Penal: un delito contra la fe pública y el tráfico jurídico económico. Destaca que la jurisprudencia considera necesaria una usurpación en todos los aspectos de la vida para que sea de aplicación el tipo; algún sector doctrinal exige, además, que exista un perjuicio patrimonial, y otros añaden algún requisito subjetivo más como el propósito de ejercer derechos y acciones de suplantación de estado civil.

Como segunda posibilidad se refiere a los delitos contra la intimidad, que regula el artículo 197.2 del Código Penal y que está limitado por la jurisprudencia a que se trate de datos guardados en bases de datos y protegidos, de modo que debe vulnerarse la protección. Se pregunta qué ocurre entonces con los datos personales que no están protegidos porque son públicos, como el nombre o el DNI.

Por último, se refiere a otras figuras delictivas que podrían usarse, aunque con deficiencias, para lograr esa protección, y cita el delito de acecho, que define, explicando que según la regulación se exige insistencia, reiteración y que se altere el normal desarrollo de la persona, lo que reduce las posibilidades de aplicación de esta figura delictiva.

En conclusión, afirma que es necesaria una regulación de la usurpación de identidad digital y recuerda que, ya en 2020, la Fiscalía General del Estado (FGE) hizo una propuesta, reiterada en 2022, sobre delitos contra la identidad digital, inspirada en el delito de usurpación de estado civil. Por ello, propone que la regulación que se haga se inspire en el actual delito de usurpación de estado civil y se adapte a la nueva realidad de la identidad digital.

Sobre las ciberviolencias y el ciberexhibicionismo, de los que da ejemplos, considera complicado que tengan cabida en algunos de los delitos actualmente regulados. Explica que una posibilidad la ofrece la regulación actual del delito de exhibicionismo, aunque solo prevé su aplicación cuando se comete contra menores, y el delito de vejaciones injustas, ya desaparecido del actual Código Penal.

Menciona también los delitos contra la integridad moral y los delitos contra el honor, de los que enumera ejemplos y sobre los que explica sus peculiaridades y limitaciones a la hora de dar cobertura al ciberexhibicionismo. Explica que el Tribunal Supremo es restrictivo en su aplicación, y da detalles sobre algunas de las exigencias jurisprudenciales, como que sean actuaciones degradantes y humillantes o que creen sentimientos de terror o de inferioridad, lo que queda al arbitrio del tribunal o del juez. Da ejemplos de casos que podrían considerarse delito de injurias pero que no cubren los hechos por completo y que cuentan con la limitación derivada del respeto a la libertad de expresión.

Concluye proponiendo que se proteja la identidad digital mediante la regulación de un nuevo delito contra la misma y que, para ello, podría actualizarse el delito de usurpación de estado civil en los siguientes términos: debe protegerse, aunque no se lleve a cabo en el marco de una actuación negocial, un solo acto de usurpación debería de ser suficiente para castigar la actuación delictiva, deben protegerse hechos que pueda afectar a la fe pública y también a la intimidad de la persona. Señala que se deben eliminar las huellas de la usurpación en la red, y en este punto recuerda que en el ámbito extrapenal es posible retirar contenido de la web sin consentimiento del afectado. Además, apunta que hay que proteger también la identidad digital y la reputación de las empresas e incluir el daño reputacional.

Finalmente, pone énfasis en que la regulación que se apruebe tenga en cuenta el impacto de género, ya que la violencia en el ámbito digital se dirige con frecuencia a las mujeres y a las que ocupan cargos públicos o el espacio político muy especialmente.

La siguiente ponente, Carmen Gómez Rivero, coincide con la ponente anterior en la falta de resortes para hacer frente a la realidad y adelanta que su exposición se va a centrar en las *deep fakes* o ultrafalsificaciones.

Distingue, según la identidad del daño, entre los hechos que causan daños a derechos personales, como el honor, la intimidad o la imagen, y los que dan lugar a relación con terceros y generan efectos económicos o patrimoniales.

Sobre los primeros, el legislador ha prestado atención a algunos casos de ultrafalsificación de forma parcial y desenfocada por ubicarse en el ámbito de la libertad sexual. Después

de hacer un recorrido por los bienes jurídicos afectados, señala los preceptos que el Código Penal contiene para proteger el derecho al honor y las dificultades procesales, y menciona una proposición de ley del grupo parlamentario Sumar, que contiene previsión de las simulaciones de voz e imagen delictivas.

Menciona lo complejo que es el supuesto de ultrafalsificaciones que atentan contra la integridad moral, ya que el Código Penal y su artículo 173 exigen que se actúe directa e inmediatamente sobre el sujeto pasivo, lo que no ocurre en el caso de las ultrafalsificaciones. En este sentido, considera interesante el anteproyecto de ley orgánica de protección del menor en entornos digitales, aprobado en junio de 2024, que propone, en línea con las argumentaciones de la directiva UE de 2024, incluir un artículo 173 bis en el Código Penal que regule los delitos contra la integridad moral.

En todo caso, al redactar un tipo contra la integridad moral refiere la necesidad de tener en cuenta la perspectiva de género, puesto que muchas de las víctimas son mujeres y constituye una forma frecuente de violencia contra ellas. En este punto, reitera que de regularse un tipo sobre atentados contra la integridad moral por ultrafalsificaciones sería una ocasión para «barrer» los relacionados con pornografía virtual o técnica a este nuevo tipo y reubicarlos.

Considera más complejo el problema de la inteligencia artificial y la revelación de información de forma simulada, que afectan a la denominada «intimidad aparente» y que no entran dentro de la integridad moral, pero que sí daña la vida privada. Estos hechos no pueden reconducirse a delitos contra la intimidad, es necesario un nuevo precepto para proteger la imagen en aquellos casos en que no se ha llegado a producir daño al honor, pero se ha falsificado la realidad.

Sobre las ultrafalsificaciones que generan relaciones en la vida real con terceros, considera que hay que repensar hasta qué punto el Código Penal debe ser modificado y baraja dos opciones: poner el acento exclusivamente en el daño soportado por el sujeto suplantado y avanzar en los que se ha llamado bienes jurídicos de cuarta generación: el derecho a la imagen o identidad digital, o hacerlo en el daño ocasionado a la seguridad del tráfico jurídico y social. Cita, en este sentido, la memoria de la FGE, que, desde 2020, propone incorporar un precepto con parentesco con el delito de falsedad en documento privado.

Concluye afirmando que esta segunda opción le parece más acertada y que como penalistas no hay que perder de vista la protección de los bienes jurídicos clásicos frente a la creación de nuevos bienes jurídicos de cuarta generación. Ni la imagen ni la voz ni el correo electrónico son aspectos que deban elevarse a la categoría de bienes jurídicos, son más bien presupuestos para el ejercicio de derechos.

La tercera ponente, Lucía Pedreño Navarro, comienza su intervención contestando a la pregunta del moderador: «con lo que tenemos, ¿qué hacemos?».

Después de poner en valor la visibilidad de la Comisión General de Codificación, reformula la pregunta: ¿qué nos vamos a encontrar? o, mejor, ¿qué nos estamos encontrando?,

y menciona diversos supuestos reales sobre suplantación de personalidad, en los que, además del perjuicio causado, se ocasiona un calvario judicial. En este punto, cita ejemplos de *deep fakes* o ultrafalsificaciones de conversaciones de WhatsApp, de imágenes en las redes sociales, que constituyen hechos que nos deben preocupar porque al generarse con inteligencia artificial son de gran realismo, generan confusión y constituyen una manipulación de la realidad.

Explica cómo se introducen las *deep fakes* en los procesos judiciales cuando se acude al notario para elevar a escritura pública una información que puede haber sido manipulada (archivo audiovisual, imagen WhatsApp), y se convierte en un medio de prueba documental sin haber analizado si su contenido es o no real, equiparándose el archivo digital así al concepto de documento del artículo 26 del Código Penal. En este sentido, afirma que la prueba pericial informática será el medio de desvirtuar la prueba falsa.

Apunta que ya existen mecanismos de inteligencia artificial para determinar la veracidad de una ultrafalsificación y técnicas para la detección de *deep fakes*, como el análisis de metadatos, el posicionamiento de GPS o el análisis de servidores de redes.

Finaliza afirmando que se han incorporado las tecnologías informáticas y a sus especialistas como algo necesario en el día a día de la práctica procesal.

El moderador cierra el debate de la mesa concluyendo que la Sección Cuarta de la Comisión ha identificado las amenazas de la inteligencia artificial delincuente y que están trabajando para hacer propuestas que se enviarán al secretario general técnico-director del Secretariado de Gobierno, y agradece a los ponentes su tiempo y colaboración y al auditorio su asistencia.

MESA REDONDA 5. Sección de Derecho Procesal

La prueba electrónica

Moderador:

Excmo. Sr. D. Juan Luis Gómez Colomer. Presidente de la Sección Quinta de Derecho Procesal.

Ponentes:

Excmo. Sr. D. Julio Banacloche Palao. Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid.

Excma. Sra. D.^a Olga Fuentes Soriano. Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad Miguel Hernández (Elche).

Excmo. Sr. D. Fernando Gascón Inchausti. Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid.

Excma. Sra. D.^a Esther Pillado González. Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Vigo.

Resumen

El presidente, tras realizar una breve presentación de los panelistas, inicia el debate señalando que el tsunami del mundo tecnológico, de la inteligencia artificial, es una realidad que está afectando a todos los ámbitos del derecho, incluido el procesal. Son muchos los problemas que se plantean, algunos de difícil solución, y hay que prepararse. Apunta que uno de los temas que más afecta a todos los procesos es la denominada prueba digital, sobre la que en estos momentos existen ciertas confusiones a la vista de diferentes normas como la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no establece un *clausus* de medios de prueba, sino que permite la introducción de nuevas pruebas a los medios que regula o el Real Decreto-ley 6/2023 de diciembre, que está introduciendo novedades fundamentales y también alguna confusión. En su opinión parece claro que la prueba electrónica va a tener que convivir con las demás pruebas y habrá que estudiar si procede la introducción de unos preceptos que la regulen. A continuación, cede la palabra al Sr. Banacloche Palao.

El Sr. Banacloche Palao comienza su intervención agradeciendo la invitación a las jornadas y destacando los veinticinco años de la aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Civil (el 18 de diciembre). Recordó cómo se gestó el artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en 1999, y utilizó un ordenador en un momento en que las copias se mandaban en disquetes. A continuación, centra su intervención en el contenido de este artículo y señala que el apartado 1 se refiere a los medios tradicionales de prueba (interrogatorio de partes, prueba documental –pública y privada– y la prueba pericial); el apartado 2 regula la prueba instrumental y estaba pensado para todo lo que no se podía contemplar como

medio documental en sentido estricto, el apartado 3 se introdujo para dar una respuesta al futuro avance de la tecnología. El ponente subraya que nunca se ha procedido a regular la prueba electrónica. Aclara que lo que se ha hecho es introducir la misma como prueba documental en el proceso a través del artículo 299.2, que en su opinión no es la vía correcta ya que la fuente de prueba se queda en una nube. Insiste en la necesidad de regular la prueba electrónica. Hasta ahora, los jueces han venido realizando una interpretación peculiar.

El presidente pregunta por la cuestión del desplazamiento de la carga de la prueba. El Sr. D. Julio Banacloche contesta que es un punto sobre el que hay que reflexionar. El ponente se refiere al supuesto de impugnación de un documento público en el que, efectivamente, se produce un desplazamiento de la carga de la prueba (la persona que impugna tiene que aportar la prueba) para, a continuación, señalar que el artículo 326.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desincentiva la impugnación. Plantea la cuestión del desplazamiento de la carga de la prueba en relación con otros documentos como las pruebas de chat o pruebas notariales y destaca el incremento de la capacidad de manipular los documentos de prueba. Hizo referencia al principio de normalidad que los tribunales han venido utilizando para resolver los problemas y que pivota sobre los siguientes puntos: autenticidad, obtención, custodia (integridad), aportación y carga de la prueba.

El Sr. Gascón Inchausti interviene, brevemente, para señalar que no se trata solo de cambiar el papel por lo digital, que hay algo más. Es la justicia orientada al dato. Lo que se quiere es que esté todo interconectado.

El presidente aprovecha esta intervención para preguntar al Sr. D. Fernando Gascón Inchausti sobre cómo influye esta visión de justicia orientada al dato sobre el concepto de *documento electrónico*, si el concepto de documento que tenemos ahora será el mismo que en 2030.

El panelista señala que su generación está acostumbrada a ver la tecnología como un instrumento en los mismos parámetros de hace cien años. Sin embargo, se camina hacia un proceso en el que la tecnología no es un instrumento, sino que también es el sistema, el cuarto o el quinto agente. Habrá cosas que aún no se han imaginado, las actuaciones serán cada vez más automatizadas, el propio sistema generará ciertas comunicaciones, habrá borradores de decisión que ayudarán en la elaboración de la toma de decisiones, se pasará de la confidencialidad al enfoque de los datos, que se pueda extraer información de los procesos que sirva para predecir los litigios, para realizar modificaciones sustantivas, etc. El Sr. Gascón Inchausti continúa señalando que, en este contexto, los documentos en general, los que genera el proceso, van a ser distintos. Los documentos serán multiutilizables. Dejarán de ser decisiones que toma el letrado de la Administración de Justicia (LAJ), que se escanean y leen las partes. Todo irá sobre la base formularios, macros diseñados tecnológicamente que facilitarán la extracción de datos para utilizarlos. Así, tendrán que ser los documentos que se produzcan en el tráfico privado. El documento se deberá integrar en el concepto de documento reutilizable.

El presidente pregunta qué pasará con las demás pruebas. El ponente responde que el concepto de documento lo va a invadir todo. Un concepto que será más flexible, que permitirá dejar constancia, reutilizable, dotado de metadatos, y pone el ejemplo de un acta notarial en el que el sujeto habla para que tenga eficacia probatoria. En su opinión, la batalla estará en la fiabilidad, la autenticidad y la credibilidad. Lo importante será el metadato. Ya no será necesario el notario, sino la existencia de una serie de garantías de un documento, con ciertas características y que permita su reutilización.

El presidente interviene para plantear una nueva cuestión relacionada con los delitos contra la mujer a través de mensajería instantánea. Dirigiéndose a Esther Pillado, le pregunta sobre los problemas que plantea el acceso y obtención de pruebas de violencia en general.

La ponente comienza su exposición aclarando que se trata de violencia a través de mensajería instantánea o plataforma en redes sociales (TikTok, Instagram) y no tanto a través del correo electrónico. A continuación, señala que cuando se habla de la obtención de pruebas el problema es la licitud de estas, ya que el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad pueden verse afectados. Los problemas de licitud se difuminan cuando lo hacen las partes del proceso. Aquí hay que diferenciar cuando una parte quiere aportar mensajes en los que ha intervenido de aquellos otros supuestos en donde quiere aportar mensajes de otra parte o de un tercero. En el primer caso, ninguno de los derechos se ve afectado. Tampoco cuando la parte que aporta el mensaje es titular de un dispositivo y recibe un mensaje dirigido a ella que no debería haber recibido. Cuando una parte quiere aportar mensajes de la parte contraria o de un tercero, los derechos de secreto de las comunicaciones y de la intimidad pueden verse afectados. Pone el ejemplo de situaciones típicas en las que la pareja comparte un dispositivo o aplicación (ordenador, tableta) y señala que, en estos casos, sí se pueden aportar mensajes al proceso. También se refiere al supuesto en el que uno de los progenitores quiere acceder al dispositivo de un menor de edad y quiere aportarlo al proceso, de modo que señala que la jurisprudencia ha decidido que cuando el progenitor asume el coste, puede aportar mensajes al proceso, ya que queda amparado por los deberes de vigilancia/patria potestad (artículo 154 del Código Civil). Por último, referencia el supuesto de la información disponible en las redes, que es de libre acceso; en estos casos, todos los que tienen el acceso permitido podrán aportar información que esté autorizada por el titular.

El presidente pregunta cómo se aportan concretamente esas pruebas en el proceso de violencia digital.

La Sra. Pillado González enfatiza que hay que regular esto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que no hay un mecanismo establecido. Se utilizan los mecanismos tradicionales y ninguna de estas formas de aportación garantiza de forma plena ni la autenticidad ni la integridad. Explica que lo que se hace es aportar varios medios de prueba para reforzar su valor probatorio. Este valor va a depender de la actitud de la parte

contraria, si la acepta o la impugna. La forma más común es la prueba documental, es decir, transcribir el audio o hacer un pantallazo. Esto se puede hacer de forma privada (en cuyo caso tiene escaso valor) o se puede acudir al notario, que levantará acta. Pero el notario no puede garantizar ni la autenticidad ni la integridad. El LAJ también puede levantar acta. Continúa señalando que la forma de acreditar que no ha habido manipulación será con una pericial informática, pero el coste es muy alto y solo se hace cuando la prueba se impugna. El reconocimiento judicial se puede utilizar. Para finalizar, explica cómo se realizaría: básicamente, se aporta por la parte el dispositivo, se indica la red concreta o la página web, se necesita también el acta notarial e indica que tal día y a tal hora la información estaba en la red.

El presidente toma de nuevo la palabra para plantear el tema de las consecuencias de la ausencia de regulación o mala regulación y dirigiéndose a la Sra. Olga Fuentes Soriano la interpela sobre su visión respecto a la impugnación de la prueba digital.

La penalista señala que no existe una forma legal establecida para aportar esta prueba. Las partes aportan lo que pueden (el pantallazo es lo normal) y los tribunales ejercen sus funciones. En Alicante, se cotejan esos pantallazos para que los tribunales los admitan como prueba. Aclara que ese cotejo por parte del LAJ o del notario no aporta ninguna credibilidad sobre el documento. Se puede aportar el smartphone, el disco duro. La clave está en la impugnación. Si no se impugna, puede alcanzar pleno acervo probatorio o no. Si se impugna, la carga de la prueba corresponde al que aportó la prueba. Para el impugnante es barato y «enreda»; se impugnan casi todas las pruebas electrónicas. A continuación, apunta que se podría exigir un principio de prueba para admitir las impugnaciones y pone el ejemplo de la justificación de esa impugnación; otra opción sería la proposición de un medio de prueba del que se pudiera obtener información para la causa. Señala que el Tribunal Supremo viene aplicando de forma analógica la cadena de custodia y que no se puede impugnar con generalidades. Se exige una justificación inicial. El Tribunal Supremo justifica la inadmisión de pruebas periciales informáticas cuando la práctica supone dilaciones y puedan resultar superfluas (intervenciones telefónicas). La Sra. Fuentes Soriano enfatiza la existencia de un cuerpo de jurisprudencia en este ámbito y también se refiere al dictamen de la FGE 1/2016. Este desplazamiento de la carga de la prueba de la impugnación no puede hacerse automáticamente, habrá que estar a la solvencia y justificación de la impugnación. También señala que en mucha jurisprudencia menor se empieza a inadmitir los mensajes electrónicos impugnados alegremente (Madrid).

El presidente pregunta sobre la justificación de las impugnaciones, sobre el argumento de aquellos que exigen la necesidad de una pericial tecnológica. La ponente se refiere al criterio de la libre valoración de la prueba como una herramienta importante en manos del juez. Señala que los peritos informáticos, que insisten en que la única manera de saber si una prueba ha sido manipulada es haciendo un informe pericial, desconocen el juego de este principio de libre valoración de la prueba y que tal vez la misma constituya solo un indicio a los efectos del proceso. La Sra. Fuentes Soriano aboga por descartar la

idea de que siempre haya que hacer pericial informática y enumera varios supuestos en los que no es necesario:

- Cuando la prueba no ha sido impugnada.
- Los hechos corroborados por otra fuente.
- Si el acusado impugna la prueba y da prueba suficiente de su inocencia.
- Cuando resulte de imposible o muy difícil práctica, disponibilidad y facilidad probatoria.

El presidente concluye la sesión señalando que la exposición de este problema concreto en el ámbito procesal es prueba evidente de la necesidad de una regulación y agradece la participación de los ponentes en el debate.

MESAS DE CONMEMORACIÓN DEL QUINCUAGÉSIMO ANIVERSARIO DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL. Palabras de presentación

Excmo. Sr. D. Antonio Pau Pedrón. Presidente de la Sección Primera de Derecho Civil.

Excma. Sra. D.^a Carmen Alonso Ledesma. Presidenta de la Sección Segunda de Derecho Mercantil.

Resumen

El presidente de la Sección de Derecho Civil expresa su agradecimiento por la celebración de la conmemoración del título preliminar como uno de los hitos más importantes de la Comisión General de Codificación. De la lectura de las actas, el presidente aprecia la velocidad a la que trabajó la Sección Primera entre los años 1973 y 1974, las pocas sesiones celebradas, la forma de trabajar sobre el estudio de los textos de los que fueron ponentes, el Prof. Luis Díez Picazo y D.^a María Tena, para igualar los derechos de los cónyuges, el reducido número de vocales que asistieron a las sesiones, incluidos los vocales foralistas, y que no estuvieron presentes vocales de la Sección Mercantil, aunque consta un extraordinario informe del Prof. Alberto Bercovitz centrado en los aspectos de derecho internacional. Si la Sección pudo trabajar tan rápido fue porque contaba con una Ley de bases de 16 marzo 1973. Valorando lo positivo que fue contar con el instrumento de la legislación delegada, el presidente concluye con la enseñanza de que probablemente un número menor de vocales introduciría una mayor agilidad en la Sección, por lo que sería deseable que, al modo del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional, se funcionara en subsecciones o comisiones.

La presidenta de la Sección de Derecho Mercantil, tras unas palabras de agradecimiento por las jornadas en las que se muestra la relevancia de la Comisión y se conmemora la aprobación del título preliminar del Código Civil, resalta la importancia que tuvo el título preliminar en un momento en el que carecíamos de Constitución y expone las fuentes del derecho, la analogía y una serie de principios que se recogieron posteriormente en la Constitución de 1978. No era solo una parte del derecho privado, del derecho civil, sino que tenía un alcance transversal. Marcó un hito en la historia de España. En el ámbito del derecho mercantil, destaca cómo el artículo relativo al abuso del derecho ha permitido solucionar muchos problemas y plasmar en el artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital un motivo específico de impugnación de los acuerdos de la Junta General por abuso del derecho.

MESA 1. Derecho internacional privado y derecho interregional

Moderadora:

Excma. Sra. D.^a Silvia Díaz Alabart. Catedrática emérita de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid.

Intervinientes:

Excmo. Sr. D. Alfonso Luis Calvo Caravaca. Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid.

Excmo. Sr. D. Miguel Virgós Soriano. Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Autónoma de Madrid.

Resumen

La Prof.^a Díaz Alabart procede al saludo y a la presentación de los ponentes, ambos brillantes especialistas, doctores por Bolonia y autores de un sinnúmero de obras.

Después de unas palabras de agradecimiento, el Prof. Virgós propone hacer un viaje por el tiempo. El título preliminar de 1974 representa el punto de partida del derecho internacional privado en España y termina con un modelo anacrónico estatutario que, podría decirse, perseguía a los españoles, aunque estuvieran en el extranjero. El título preliminar no nació sin polémica. El vaticinio reflejado en el dictamen del Consejo de Estado de que España se vería apartada del desarrollo europeo y mundial no se ha cumplido y el título preliminar supuso el despegue del derecho internacional privado como una materia de derecho positivo en España. Se adopta un modelo *savigniano*, donde el legislador se fija en las relaciones jurídicas, establece una sede, y en esa sede es donde se encuentra el derecho aplicable. Además, el título preliminar regula, por primera vez, los problemas de aplicación y los conflictos interregionales.

Ahora bien, ese modelo de título preliminar se refiere a una España de emigración que explica el excesivo relieve que se da a la proyección de la nacionalidad. También explica que la nacionalidad se proyecte a las sociedades y se produzca una distorsión con las leyes especiales. Ahora España es un país de inmigración, el modelo de 1974 es preconstitucional, y eso implica que produzca un proceso de depuración de las reglas originales.

El modelo de 1974 funciona bien cuando el modelo *savigniano* está alineado con las normas del sector. El Prof. Virgós comenta el caso de aplicación de la *lex rei sitae* (caso Winkworth) sobre unas estatuillas de un coleccionista inglés robadas, trasladadas a Italia, adquiridas a un anticuario italiano por un tercero de buena fe y que, tras volver al Reino Unido, son identificadas por el coleccionista inglés cuando van a ser

subastadas. Los jueces ingleses reconocen el título del coleccionista italiano. El caso explica la doble función que tienen en nuestro sistema las reglas de conflicto, que determinan la ley aplicable y son reglas de reconocimiento, que reconocen las situaciones y las relaciones constituidas con arreglo a esa ley.

En otros ámbitos, el sistema funciona peor porque la gama de intereses y políticas legislativas no se ajusta a esta regla de conflicto. Texarkana es una ciudad que tiene una carretera cuyos carriles laterales constituyen la frontera entre los estados de Texas y de Arkansas. El caso que expone el Prof. Virgós se refiere a un accidente que se produce en la línea divisoria de la frontera, los implicados son residentes en el mismo Estado, pero las reglas de la responsabilidad de los conductores de cada Estado son diferentes. Se plantea la dificultad de la aplicación de la *lex loci delicti* y se advierte que una regla simple no sirve para regular problemas como los accidentes de tráfico, la responsabilidad de los productos, etc. Por eso, esa regla ha sido sustituida por el Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales de la UE.

Se observa que las materias que estaban reguladas en el título preliminar han quedado desplazadas por reglamentos comunitarios y esto, junto con la proliferación de normas, refleja un cambio de paradigma: en Europa, la utopía de la unificación del derecho ha sido sustituida por la realidad de la diversidad. Las reglas de conflicto ahora sirven para ordenar las relaciones entre los ordenamientos como reglas de la competencia de un mercado legal que se ofrece a la elección de la ley aplicable, por lo que es importante que las reglas de España sirvan como modelo. En este mercado de reglas, el legislador europeo solo interviene bien para corregir fallos de mercado bien para evitar una competencia a la baja. Es una idea transformativa, porque incluso en sectores donde la UE no ha decidido todavía intervenir se limita la libertad de los Estados, como pone de manifiesto la sentencia Centros, y evidencia que el artículo 9.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que requiere que las sociedades tengan su domicilio en España, queda desplazado cuando los artículos 49 y 59 del TFUE obligan al Estado español a, por ejemplo, reconocer una sociedad con domicilio societario en Holanda, aunque su único establecimiento esté localizado en España. El Prof. Virgós destaca la necesidad de un segundo proceso de depuración de nuestro sistema.

Las mismas reglas diseñadas en 1974 para resolver conflictos extranjeros debían servir para solucionar los conflictos interregionales. El problema es que todas las reglas del Código Civil han quedado desplazadas por reglas de procedencia europea, sin embargo, el legislador español no ha proyectado esas mismas reglas europeas sobre los conflictos interregionales. Aunque en la UE se regulan los conflictos de leyes entre países diferentes, con su silencio se ha generado una «esquizofrenia», de tal manera que los jueces españoles tienen que operar con lo nuevo, las reglas del derecho europeo, y también con lo viejo cuando tienen que tratar con conflictos internos. La tarea pendiente más delicada que le queda al título preliminar es esta regla interna.

El Prof. Calvo Caravaca expresa su agradecimiento y, a continuación, recuerda a Ortega cuando advirtió de que la civilización occidental podría decaer con los nuevos bárbaros, los ultraespecialistas, aquellos que saben cada vez más de menos. La interdisciplinariedad, en cambio, permite entender que la realidad es compleja. La ponencia del Prof. Virgós muestra cómo la legislación es efímera; legislamos para un mundo complejo y vivimos tiempos de turbulencia, pero en tiempos de turbulencia el mayor peligro es la tentación de ignorar la realidad. Se ha dicho que el reenvío es amado por los profesores, odiado por los estudiantes e ignorado por abogados y jueces. También se dijo que el reenvío había muerto y, poco después, se aprobó el Reglamento de Sucesiones en el que se admite el reenvío de retorno y el de segundo y ulterior grado. La conclusión es que, a la hora de hacer profecías, hay que ser modesto.

El Prof. Calvo comenta la relación entre los artículos 9.8 y 12.2 del Código Civil, es decir, cómo opera el reenvío en materia sucesoria. El reenvío es un problema de aplicación que se produce cuando la norma de conflicto remite a un derecho extranjero que, a su vez, utiliza un punto de conexión distinto, no admite la competencia de su legislación material, y lo devuelve al Estado de origen (reenvío de retorno de primer grado) o a un tercer estado (reenvío de segundo o ulterior grado). El artículo 12.2 fue muy innovador, pero parece haber sido redactado por un esquizofrénico, pues niega el reenvío, salvo que se produzca a una ley española y suprime en dos plumazos el derecho internacional privado. Es uno de los preceptos peor redactados del derecho español y plantea dos problemas:

El primer problema es si el reenvío es imperativo o si es discrecional del juez. Es un problema que solo tres autores resolvieron en España y que, sobre todo, ha sido desarrollado por la jurisprudencia.

El segundo problema es si se va a aplicar el reenvío cuando el testador otorga testamento conforme a su ley nacional. Por ejemplo, en el derecho inglés no existen las legítimas y el problema se agrava cuando hay hijos de varios matrimonios; el inglés quiere dejar sin herencia a los hijos del primer matrimonio, pero no sabe que existe el reenvío: es la bestia imaginaria que cantan los copleros del Medievo, el catoblepas. Ciertamente, ahora tenemos el Reglamento europeo de sucesiones, pero no tiene eficacia retroactiva. Conoce siete casos que han llegado al Tribunal Supremo, de los cuales va a comparar dos de hechos y *ratio decidendi* semejantes.

La sentencia de 23 de septiembre de 2002 resuelve el caso de un británico con residencia en Nerja (Málaga), que contrae matrimonio con una española, pero tiene una hija con otra mujer y la madre de la niña pide la reducción del testamento para respetar la legítima. El Tribunal Supremo aplica el derecho español y acepta el reenvío con tres argumentos: primero, el contenido material del derecho sucesorio no debe influir en el tema de cuál es el derecho aplicable al fondo del asunto; segundo, al aceptar el reenvío se respeta la unidad legal de la sucesión, porque el derecho inglés aplica la *lex rei sitae*, solo hay bienes inmuebles y están en España, y hay una presunción *iuris tantum* de que los bienes muebles se encuentran en el último domicilio del causante, tercero, el caso está

estrechamente conectado con España porque el causante llevaba domiciliado ocho años en España y no había otros bienes fuera de España.

En la sentencia de 15 de enero de 2019 el causante británico falleció en Algeciras, llevaba más de treinta años residiendo en España, tenía cuentas bancarias y un único bien inmueble que estaba en España. El Tribunal Supremo dice: primero, el artículo 9.8 no utiliza la autonomía de la voluntad conflictual; segundo, el artículo 12.2 no excluye el reenvío por el hecho de que el testamento haya sido otorgado por el causante conforme a su ley nacional, tercero, el derecho español es el derecho más vinculado con el caso.

El Tribunal Supremo ha creado una doctrina que se podría resumir en los siguientes puntos:

- 1) El reenvío no es imperativo, es facultativo.
- 2) Para que haya reenvío es condición indispensable que se respete la unidad legal de la sucesión, que todos los bienes del caudal hereditario se rijan por una sola ley.
- 3) Recordando el argumento teológico de Duns Scoto, que decía «pudo, convenía, luego lo hizo», hay que admitir el reenvío cuando hay un índice positivo que lo aconseja, sea para acabar con un falso conflicto de leyes, sea porque hay una mayor vinculación con el derecho español.
- 4) La autonomía conflictual de la voluntad no forma parte del sistema español de derecho internacional privado del título preliminar.

El Prof. Calvo concluye que el reenvío sobrevive y en materia sucesoria tiene una fuerza enorme. El reenvío es un ejercicio de humildad del legislador, porque este es un caso de diálogo entre ordenamientos jurídicos, impulsa a la competencia entre ordenamientos jurídicos y, con el ejemplo de los tribunales específicos para derecho mercantil internacional de Alemania o los ingleses, o del Tribunal de Derecho del Mar de Hamburgo, el profesor advierte que o vamos a la especialización de los tribunales y nos adaptamos a la realidad o seguimos negándola y vamos al precipicio. También indica que las buenas leyes requieren de buenos jueces y, en materia de reenvío, destaca el papel de la magistrada del Tribunal Supremo, María de los Ángeles Parra Lucán, catedrática de Derecho Civil, que dicta sentencias ejemplares.

La Prof.^a Díaz Alabart agradece a los ponentes, ambos vocales de la Comisión, sus exposiciones. Termina la mesa con una felicitación por la existencia de las jornadas porque los logros y la importancia de la Comisión General de Codificación son también los logros y la importancia del Ministerio.

MESA 2. Utilidad práctica del título preliminar en los últimos años y perspectiva de futuro

Moderadora:

Excma. Sra. D.^a Carmen de Grado Sanz. Registradora de la propiedad.

Intervinientes:

Excmo. Sr. D. José Cándido Paz-Ares Rodríguez. Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid.

Excma. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías. Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona. Magistrada del Tribunal Supremo (Sala 1.^a 2005-2012) y magistrada emérita (vicepresidenta) del Tribunal Constitucional.

Resumen

La Sra. Grado comenta que la importancia práctica del título preliminar en el momento de su aprobación fue reconocida por la doctrina. Las novedades fueron muy importantes y algunas han recobrado fuerza, como ha puesto de manifiesto la Prof.^a Alonso, con el abuso del derecho. Pero el paso de cincuenta años y los cambios producidos hacen que quede afectada la aplicación del título preliminar. La publicación de la Constitución fue uno de ellos. La Constitución, como decía Kelsen, influyó en el sistema de fuentes y en la interpretación y aplicación de las normas, pero el título preliminar no ha sido derogado. Ha mantenido intacta su vigencia, aunque mediatisada por acontecimientos como la adhesión de España a la UE. Algunos autores, como De Pablo Contreras, reivindican el valor materialmente constitucional de sus normas. También es cierto que el Tribunal Constitucional ha acudido a los preceptos del título preliminar para fundamentar sus sentencias y sus resoluciones, por ejemplo, la buena fe en el ejercicio de los derechos, el abuso del derecho, el carácter informador de los principios generales del derecho, también del derecho constitucional. Es pertinente, pasados todos estos años, plantearse la utilidad práctica actual del título preliminar y su perspectiva de futuro. La Sra. Grado presenta a los ponentes. Sus méritos son conocidos por todos, pero quiere manifestar su reconocimiento, admiración y respeto con la seguridad de que es un sentimiento compartido por todos.

La Prof.^a Roca agradece la invitación e indica que el título preliminar fue considerado como un adelanto de lo que luego fue la Constitución española. El título preliminar es la parte general del derecho civil en el que se recogían las fuentes, las reglas para los jueces, la problemática de lo que sería la jurisprudencia, el tema de la interpretación, la eficacia general de las normas jurídicas, el derecho internacional privado y el derecho interregional.

Tanto el título preliminar originario del Código Civil de 1889 como el título preliminar redactado en 1974 partían de la Ley de bases del Código Civil, sobre todo, de sus artículos 5 y 6, que resolvían una problemática sobre la subsistencia de los derechos

forales que impedía que en 1851 el proyecto de García Goyena entrara en vigor. Los artículos 5 y 6, como las transacciones, no funcionaron. Antes de la entrada en vigor del título preliminar se había publicado la última de las compilaciones de derecho foral. A partir de entonces, hay un nuevo título preliminar que consagra que el sistema español no es un sistema único. Lo que hizo el título preliminar de 1974 fue consolidar la estructura del ordenamiento civil español, que la Constitución no cambió. Entonces, la Constitución de 1978 recupera la Constitución de 1931, consagrada por el título preliminar de 1934, y consagra un sistema plural. El artículo 5 de la Ley de bases se mantuvo porque en el artículo 13 del título preliminar se establecía la aplicación del Código Civil como derecho supletorio. Por tanto, seguimos con el mismo sistema, subsistencia de los derechos civiles; todos admitían que el derecho supletorio era el Código Civil y se establecía un sistema de reglas para la aplicación de cada uno de estos derechos, que es lo que se ha denominado el derecho interregional sobre la conexión de la vecindad civil. Era una estructura ya prácticamente definitiva de derecho plural. Esto se traslada a la Constitución.

El artículo 149.1.8.^a establece la distribución de las competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, pero en el apartado 3 contiene una regla en la que se consolidan reglas de Estado federal, la supletoriedad y la preferencia del Estado sobre los derechos autonómicos. Ni son derechos especiales ni son derechos forales, son derechos autonómicos porque constituyen el reflejo de las competencias reconocidas por la Constitución. La estructura, por tanto, del ordenamiento civil es tributaria del artículo 5 de la Ley de bases; primero, porque tenemos una diversificación de competencias en la que ciertas comunidades autónomas, no todas, a diferencia de lo que ocurría en la Constitución de 1931, tienen funciones para conservar y desarrollar el derecho autonómico. En primer lugar, es un sistema plural, pero no igualitario, lo cual le parece correcto. En segundo lugar, las competencias de las comunidades autónomas no se refieren a todo el derecho civil. Los límites son las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, es decir, el artículo 13, que es título preliminar del Código Civil; segundo, relaciones jurídico civiles relativas a las formas de matrimonio; ordenación de los registros e instrumentos públicos (esta es una novedad); bases de las obligaciones contractuales (esto es una «pesadilla», nadie sabe lo que quiere decir); normas para resolver los conflictos de leyes (derecho interregional); determinación de las fuentes del derecho conforme a las normas de derecho foral (por esta razón, se ha declarado constitucional que las comunidades autónomas puedan legislar mediante decreto ley).

El derecho civil ha funcionado en España siempre con un modelo federal. Las reglas de aplicación de un derecho civil o de otro son normas de derecho interregional privado. Este modelo, que viene del año 1888 y que fue un fracaso con respecto a la codificación, no con respecto al mantenimiento de un sistema plural de derecho civil, es un sistema federal que ha sido acogido luego por la Constitución española. La regla que subsiste por debajo de todos los ordenamientos civiles, sea por el artículo 13 del título preliminar sea por el artículo 149.3 de la Constitución, sigue siendo el derecho supletorio. Son reglas típicas y propias de un sistema federal.

El Prof. Paz-Ares hace una observación extraída de la experiencia empírica: la gente quiere de sus jueces dos cosas: una, que no cree el derecho, sino que lo encuentre; la segunda, que produzca resultados sensatos, razonables. La pregunta es: ¿hasta qué punto estas pretensiones son compatibles? La reflexión se resume en la expresión «la letra y el espíritu de las normas», ¿cuál es el papel de la letra y del espíritu cuando se producen las decisiones? Cuando no concuerdan, hay que determinar cuándo el espíritu, la justicia derrota a la letra y cuándo la letra, el derecho derrota al espíritu. Dimensión de autoridad y dimensión de racionalidad destapan las dos formas de ver el derecho, como un hecho y como un valor, dos maneras de enfrentarse al problema, es decir, una jurisprudencia de reglas (tradición positivista) y una jurisprudencia de razones (tradición no positivista). Se precisa definir los dos términos de la ecuación e introducir otros dos conceptos: la letra del espíritu y el espíritu de la letra.

Los principios no tienen letra, son solo espíritu. Y, si la tienen, como el principio de la buena fe en el artículo 7.1 del título preliminar, el valor de justicia en el artículo 1 de la Constitución, el principio de igualdad o el principio de abuso del derecho es como si no la tuvieran, porque esa letra no cristaliza, solo vivifica.

La letra del espíritu es la formulación que ocasionalmente realiza el legislador de los principios, es decir, de las razones o criterios que tener en cuenta en la aplicación de una determinada normativa. Tienen un valor relativo. Antes de que hubiera título preliminar, la buena fe o el abuso del derecho eran principios generales y se aplicaban. El hecho de haberse consagrado ha facilitado su consagración, pero no ha cambiado su naturaleza.

El espíritu condensa las razones o justificaciones subyacentes a las reglas. Es la *ratio legis*, es la dimensión de la racionalidad de la ley. El interviniante distingue tres manifestaciones: el plano teleológico, el plano deontológico y el plano epistemológico.

El corte de la racionalidad del título preliminar es la ratio de primer grado, de la igualdad, de la moralidad, de la justicia, que pasan a la Constitución. El título preliminar ha abierto el camino a la superación del positivismo. García de Enterría decía que la característica más saliente del título preliminar es «el destacamiento entre todos del principio espiritualista», y así se aprecia en las cláusulas generales del título preliminar, como el artículo 3.1, cuando dice que la interpretación debe atender fundamentalmente al espíritu y la finalidad de las normas, el artículo 3.2, que permite ajustar los resultados con arreglo a la equidad, la cláusula de la realidad social, la cláusula del espíritu del tiempo, la cláusula de analogía del artículo 4, la cláusula del fraude de ley del artículo 6, que no tiene otro objetivo que hacer aflorar el espíritu de la norma sobre la pura forma que sirve de norma de cobertura, la cláusula de la buena fe en el artículo 7.1, la del abuso del derecho en el 7.2, la cláusula de los principios generales del derecho como informadores del ordenamiento jurídico, la cláusula de la jurisprudencia que desarrolla todas estas cláusulas espirituales como complemento de las fuentes del ordenamiento.

La Sra. Grado felicita a los ponentes y agradece la participación.

Síguenos en:



@justiciagob



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA
Y RELACIONES CON LAS CORTES

