



CULTUS ET IUS

*Revista de Derecho,
Cultura y Bellas Artes*

N.º 2

SEGUNDO SEMESTRE

2023

Restitución de obras de arte expoliadas por el régimen nazi: principales aspectos jurídicos del caso Cassirerpág. 5
Inés Ambrosio Luna

Bases para el estudio de la lesión de derechos de particulares por medio de obras creativas en derecho francés.....pág. 41
Antonio José Quesada Sánchez

Acoso al Estado de Derecho: la incendiaria llama de Foceapág. 55
José Francisco Alenza García

Groucho Marx y la importancia del sinalagma contractual para la interpretación y eficacia de los pactos.....pág. 79
Diego Fierro Rodríguez

Rincón cultural: *El hombre que cayó a la Tierra... y que nos hace pensar sobre la condición humana y sus derechos*pág. 115
José Francisco Alenza García

Rincón cultural: *Manos anónimas*pág. 119
Javier Francisco Aga

CULTUS ET IUS. REVISTA DE DERECHO, CULTURA Y BELLAS ARTES

© Editorial Colex S.L.

Calle Costa Rica, número 5, 3º B (local comercial), 15004, A Coruña (Galicia)

☎ 910 600 164

@ info@colex.es

revistacultusetius.colex.es

@ revistacultusetius@colex.es

DIRECCIÓN

Antonio José Quesada Sánchez

Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Málaga

SUBDIRECCIÓN

Ana Sedeño Valdellós

Profesora Titular de Comunicación Audiovisual, Universidad de Málaga

CONSEJO EDITORIAL

José Francisco Alenza

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Pública de Navarra.

José Manuel Cabra Apalategui

Profesor Contratado Doctor de Filosofía del Derecho, Universidad de Málaga.

Sonia Calaza López

Catedrática de Derecho Procesal, UNED.

Cristian Cerón Torreblanca

Profesor Contratado Doctor de Historia Contemporánea, Universidad de Málaga.

Rafael Malpartida Tirado

Profesor Titular de Literatura Española, Universidad de Málaga.

Alfonso Ortega Giménez

Profesor Titular de Derecho Internacional Privado, Universidad Miguel Hernández de Elche.

Mercedes de Prada Rodríguez

Profesora Titular (Acreditada) de Derecho Procesal y Directora Académica del Centro de Estudios Garrigues.

Carlos Pranger

Profesor Sustituto Interino en el Departamento de Didáctica de las Lenguas, las Artes y el Deporte, Universidad de Málaga.

Carlos Rivas Sánchez

Profesor Contratado Doctor de Hacienda Pública, Universidad de Málaga.

Benjamín Rivaya García

Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad de Oviedo.

Francisco Ruiz Noguera

Catedrático de Lengua y Literatura, Profesor Titular de Lingüística Aplicada, Universidad de Málaga, y Director de la Cátedra María Zambrano.

José Manuel Ruiz-Rico Ruiz

Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Málaga.

Chiara Vitucci

Catedrática de Derecho Internacional/Professoressa Ordinaria di Diritto Internazionale, Università della Campania Luigi Vanvitelli (Italia).

COORDINACIÓN, EDICIÓN, DISEÑO Y MAQUETACIÓN: Editorial Colex

ISSN: 2990-0255

PRESENTACIÓN

La aparición del número 1 de una revista científica es, siempre, una noticia excelente. Pero todavía más esperanzadora resulta, en nuestra modesta opinión, la noticia de la aparición del nº 2, señal inequívoca de continuidad del proyecto y de que dicho proyecto no fue flor de un día, por más que la breve temporalidad y fragilidad aporten belleza a una flor y a lo que sea (lo efímero puede ser especialmente bello, también).

Tienes entre tus manos, amable lector, el número 2 de la Revista *Cultus et lus*, y es fiel a los principios que nos inspiran en nuestra revista: reunir un conjunto de trabajos en los que el lector encuentre estudios sobre Derecho, pero también estudios sobre Cultura, de alguna manera. Cultura y Derecho, Derecho y Cultura: nuestros eternos *Alfa y Omega*. Nuestros Escila y Caribdis. Trabajos que pueden ser un divertimento cultural para lectores de temas jurídicos, pero también un aporte científico para estudiosos y lectores, en general, de cualquier rama de las Bellas Artes y de la Ciencia en general, no solamente de la jurídica.

En el presente volumen, segundo, dedicaremos atención a la expoliación de bienes causada por los nazis, a la lesión de derechos de particulares por obras creativas en Derecho francés, a *La llama de Focea*, de Lorenzo Silva, a los Hermanos Marx y sus míticas partes contratantes (releídos desde la óptica de los contratos), así como volvemos a tener nuestro Rincón Cultural, sección abierta a trabajos menos científicos, en el sentido estricto de la palabra, pero no menos interesantes para nuestro perfil de lectores.

Como director de la revista es un honor poder inaugurar con estas palabras este número 2 de la misma, señal de que «la nave va», como nos gusta decir a los fellinianos convictos y confesos. «Viaje con nosotros», amigo lector, pues sonará la Orquesta Mondragón con su desenfadado son durante el trayecto. Deseo, de todo corazón, que les atraiga el viaje. Y, por supuesto, pidamos, con el Maestro Kavafis, que el camino sea largo.

Antonio J. Quesada Sánchez
Director

RESTITUCIÓN DE OBRAS DE ARTE EXPOLIADAS POR EL RÉGIMEN NAZI: PRINCIPALES ASPECTOS JURÍDICOS DEL CASO CASSIRER

RESTITUTION OF NAZI LOOTED ARTWORKS:
MAIN LEGAL ASPECTS OF THE CASSIRER CASE

Inés Ambrosio Luna

Becaria en el Área Jurídica del Museo Nacional del Prado

RESUMEN:

Una de las consecuencias que derivan del expolio de obras de arte llevado a cabo por el régimen nazi durante la Segunda Guerra Mundial es el desplazamiento de este tipo de bienes extramuros de Alemania e, incluso, de Europa. Esto implica que una gran parte de las reclamaciones de propiedad que interponen víctimas de dicho expolio tiene carácter internacional. La pluralidad de ordenamientos jurídicos, sumada al largo periodo de tiempo desde que tuvieron lugar los acontecimientos, deriva en una serie de problemas jurídicos que merece la pena estudiar: la inmunidad de jurisdicción de los Estados, la prescripción de la acción de reclamación, la ley aplicable y la inmunidad de ejecución. El análisis de estas cuestiones se aborda a través del caso Cassirer, con el fin de estudiar la legalidad del proceso a la luz de la normativa internacional vigente.

ABSTRACT:

A consequence that stems from the looting of art by the Nazi regime during the Second World War is the displacement of these kinds of goods outside of Germany and even Europe. This entails that a vast number of property claims filed by victims of said looting are of an international nature. Diversity of legal systems, taken together with the wide time span since events took place, leads to a series of legal problems worthy of study: States' immunity from jurisdiction, limitation period to file a claim, applicable law, and immunity from execution. Analysis of these issues is approached through the Cassirer case, searching to study the legality of the process in light of current international regulation.

PALABRAS CLAVE:

restitución, inmunidad, usucapión, obra de arte, expolio

KEYWORDS:

restitution, immunity, adverse possession, work of art, looting

SUMARIO:

1. Introducción
2. Marco jurídico del expolio de obras de arte
3. El asunto Cassirer: principales cuestiones jurídicas
 - 3.1. La calle Saint-Honoré después del mediodía. Efecto lluvia
 - 3.1.1. Vida de la obra antes del asunto Cassirer
 - 3.1.2. Diplomacia España-Estados Unidos
 - 3.2. Proceso judicial. Principales cuestiones jurídica
 - 3.2.1. Inmunidad de jurisdicción
 - A. Consideraciones sobre el privilegio de inmunidad de los Estados
 - B. El Juzgado del Distrito y la cláusula de expropiación
 - C. La Corte de Apelaciones del Noveno Circuito
 - 3.2.2. Prescripción de la acción
 - A. *Iter* legislativo y constitucionalidad de los plazos de prescripción
 - B. *Due Process Clause*, Primera Enmienda y *Equal Protection Clause*
 - 3.2.3. Ley aplicable
 - A. Normas de conflicto
 - B. Sobre la figura de la usucapión
 - C. Fallo y reapertura del caso
 - 3.2.4. Normativa vigente en España e inmunidad de ejecución
4. Conclusiones
5. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

A finales del último año, el valor del mercado global del arte alcanzó alrededor de los sesenta y ocho billones de dólares, con una previsión de crecimiento al alza a lo largo del año 2023 y siendo los Estados Unidos, Reino Unido y China los Estados con mayor cuota de mercado —en España, apenas alcanza el 1 %—¹. Esto no es sino el reflejo del interés que suscita la posesión de obras de arte; interés que, por otra parte, potencia el desarrollo de un mercado negro —según la INTERPOL, el tráfico ilícito de bienes culturales es el tercer problema mundial de repercusión económica, por detrás del tráfico de drogas y de armas²—. El arte, no obstante, ha sido siempre objeto de robos y saqueos tanto en tiempo de paz —sirvan a modo de ejemplo el caso de los mármoles de Elgin³ o el expolio del Tesoro de

1 MC ANDREW, C., *The art market 2023. A report by Art Basel & UBS*, Art Basel & UBS Basilea, 2023.

2 SAN ROMÁN GUTIÉRREZ, L., «Tribunales competentes y ley aplicable a la restitución de obras de arte robadas», *Derecho del arte. Anuario Iberoamericano 2015* (ed. Fundación Profesor Uría), Civitas, Navarra, 2015; p. 289.

3 A comienzos del siglo XIX, el conde de Elgin, ciudadano británico, adquirió una serie de placas de mármol que decoraba el edificio del Partenón, aprovechando la contienda bélica que Grecia venía de atravesar, para venderlos con posterioridad al gobierno británico. Una vez adquiridos por Reino Unido, los mármoles de Elgin pasaron a ser una de las mayores atracciones del British Museum. Actualmente, y desde mediados del siglo XX, el gobierno griego ha instado su devolución a Grecia, dada la vinculación de los mármoles con el país heleno y, sobre todo, lo dudoso de la legalidad de su adquisición por el conde de Elgin. No obstante, el gobierno británico ha sido férreo en su negativa a proceder con la devolución, argumentando que el Reino Unido tiene una mayor capacidad de conservar y exponer al público la obra que Grecia.

Príamo⁴ en 1873⁵— y, en contexto de guerra, es común tanto el expolio como la destrucción de obras —como ocurrió durante las guerras franco-prusianas⁶ o, más recientemente, en las de la antigua Yugoslavia⁷—. Así, la apropiación de esta clase de bienes ha sido históricamente considerada como un derecho de botín —*ius predae*— del que era titular el bando vencedor⁸. Se trata de un fenómeno que no conoce de fronteras y que afecta o ha afectado a países de todo el mundo.

En cuanto a su tratamiento jurídico, ya en el Congreso de Viena de 1815 se prohibió la confiscación de obras de arte como botín de guerra y se plasmó la obligación de restituir bienes culturales robados durante conflictos armados⁹. En 1863, en el Código de Lieber se hacía referencia a la prohibición de incautación de bienes, la cual fue asimismo recogida en el Anexo a la Convención II de la Haya de 1899 relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre y, en 1907, en las Regulaciones sobre las leyes y usos de la guerra terrestre, anexionadas a la Convención IV de la Haya. En estos dos últimos textos, se proscribía la incautación, destrucción o daño sobre, entre otros, monumentos históricos y obras de arte, aludiendo a la necesidad de que dichas actividades debían ser sujeto de procedimientos legales. No obstante, no se incluía la obligación de restitución.

El contexto que interesa a este trabajo es el del régimen nacionalsocialista en la Alemania de mediados de siglo XX, por ser escenario del mayor expolio de arte en la historia reciente de Europa. En su libro autobiográfico *Mein Kampf*, Hitler explica cómo, ya desde niño, era un aficionado al dibujo y a la pintura. Además, y a raíz del antisemitismo que se fraguó en él durante su juventud, Hitler entendía que a través del arte podían los judíos manipular a su antojo, al afirmar: «otro grave cargo pesó sobre el judaísmo cuando me di cuenta de sus manejos en la prensa, el arte, la literatura y el teatro»¹⁰. Pero, más allá de lo anecdótico, la importancia del arte para con el pueblo alemán precede a Hitler: comenzó a fraguarse en el siglo XIX, al encontrarse los alemanes diseminados por Europa. La construcción de una identidad nacional alemana vino impulsada por la identificación de rasgos culturales comunes —entre otros: idioma, arte o folclore—. Ello fomentó el concepto de nación cultural que, adoptado por vertientes conservadoras, derivó en el movimiento exclusivista *völkisch*, defensor de la existencia de una comunidad vinculada por su lengua, cultura y lazos de sangre. Esta idea encontró su nicho también en el mundo del arte, desde el cual se promovió la creencia de que

4 El comerciante prusiano Heinrich Schliemann localizó, en 1870, la ubicación geográfica de Troya, gracias a las descripciones contenidas en «La Ilíada» y en estudios arqueológicos. En 1873 dio con el Tesoro de Príamo —11.000 objetos entre joyas, artes decorativas y piezas de oro— y lo expolió, trasladando sus contenidos hasta Berlín. Tras donar las piezas al Museo de Artes y Oficios de Berlín, éstas desaparecieron durante la Segunda Guerra Mundial, para aparecer en el año 1993 en el Museo Pushkin de Moscú, lo cual ha suscitado desencuentros entre rusos, alemanes y turcos.

5 ARRANZ SANTOS, R., *Breve historia de la Antigua Grecia*, Ediciones Nowtilus, S. L., Madrid, 2019.

6 El Tratado de Versalles de junio de 1919, por medio de su art. 245, obligaba al Estado alemán a restituir bienes saqueados en Francia —trofeos, archivos, recuerdos históricos y obras de arte— durante la Primera Guerra Mundial. Dicha restitución se hacía extensiva, también, a aquellos bienes robados durante las guerras franco-prusianas —cuando menciona la guerra de 1870 y 1871—.

7 ARRANZ SANTOS, R., *Breve historia... op. Cit. Supra* nota n.º 5.

8 FIGUERAS NOGALES, A., «Restitución de arte robado durante el periodo nazi: el caso Bloch-Bauer», *La Albolafia: revista de humanidades y cultura* (ed. Universidad a Distancia de Madrid), n.º 20, 2020; p. 246.

9 SAN ROMÁN GUTIÉRREZ, L., «Tribunales competentes y...», *op. Cit. Supra* nota n.º 2, p. 295.

10 HITLER, A., *Mein Kampf*, Jusego, Chile, 2003; p. 39.

sólo la tradición era fundamento del verdadero arte alemán. El arte moderno, por tanto, propagado por el pueblo judío, se construía como la antítesis de la tradición y, en consecuencia, del pueblo alemán¹¹.

Uno de los principales ideólogos del partido nazi, Alfred Rosenberg, fundó en 1928 la Liga para la Defensa de la Cultura Alemana —denominada a partir de 1934 Comunidad Nacionalsocialista de Cultura—, institución mediante la cual defendió la tradición alemana y trató de frenar el desarrollo del arte moderno¹². No obstante, no fue uniforme el rechazo del arte impuro por parte del régimen nacionalsocialista, y se sucedió entre personajes como Rosenberg y Joseph Goebbels una lucha cultural por la delimitación de aquellos movimientos artísticos que debían ser amparados por el régimen. Goebbels, ministro de Ilustración Pública y Propaganda del *Reich*, era defensor de las vanguardias y del expresionismo alemán. Asimismo, el arte moderno tenía defensores entre los jefes nazis, que no dudaban en comprar arte de vanguardia para uso privado¹³. Goebbels contaba con un mayor poder y, en 1933, creó la Cámara de Cultura del *Reich*, por la que tenía que pasar cualquier artista que quisiera trabajar en Alemania. Acusado de favorecer a judíos y comunistas, la pugna tuvo su fin al superponerse las ideas de Rosenberg: Hitler declaró en 1934 que las vanguardias no tendrían cabida alguna en el régimen¹⁴.

Se estima que, a lo largo del Tercer *Reich*, fueron robadas o expoliadas obras de arte por un valor de veinte mil millones de dólares —de la época—, excediendo en valor incluso los robos y expolios ocurridos¹⁵ durante todas las guerras napoleónicas juntas¹⁶. Además, dichos procederes formaban parte de una campaña ideada por Hitler y, por primera vez en la historia, a cargo de especialistas en arte, aprovechando una situación de ventaja al encontrarse dichos especialistas insertos en el cuerpo militar. Dicha campaña tenía un doble objetivo: por un lado, el saqueo de aquellas obras que pudieran ensalzar la idea de una raza aria superior —arte nacionalsocialista o *Artige Kunst*—, y, por otro lado, la destrucción de arte de origen o estética judía¹⁷ —arte degenerado o *Entartete Kunst*¹⁸, si bien en realidad no se acabó con todas estas obras, como refleja el caso Gurlitt¹⁹ por el cual se ha recuperado una gran colec-

11 MARTORELL, M., *El expolio nazi*, Galaxia Gutenberg, edición en formato digital, 2020; pos. 649 a 663.

12 *Ibid.*, pos. 649 a 696.

13 A modo de ejemplo, quien fue líder de las Juventudes Hitlerianas y Gobernador de Viena desde 1940, Baldur von Schirach, contaba con obras de Van Gogh y Renoir para uso privado y adquirió pinturas expresionistas para los museos vieneses.

14 *Ibid.*, pos. 747 a 892.

15 Entre 1808 y 1814, Napoleón saqueó y destruyó incontables colecciones y monumentos en países como Italia, Prusia y España.

16 ЧОИ, S., «The legal landscape of the international art market after Republic of Austria v. Altmann», *Northwestern Journal of International Law & Business*, volumen 26, n.º 1, 2005; p. 167.

17 El arte degenerado consistía, esencialmente, en arte moderno, entendido como una vía para corromper a la sociedad. En cambio, el arte nacionalsocialista era aquél de características conservadoras y que reflejara los valores promovidos por el régimen: familia, tradición, raza...

18 ADAM, P., *El arte del Tercer Reich*, Tusquets, Barcelona, 1992; p. 123.

19 Hildebrand Gurlitt fue un marchante de arte alemán amante de la modernidad y las vanguardias y director del Museo König Albert. En 1938 fue reclutado por el régimen nacionalsocialista para colaborar en la redacción de una ley de depuración de museos alemanes por la cual 16.000 obras de arte degenerado debían desaparecer. Así, y por medio de abundantes ventas de arte moderno en subastas, Gurlitt amasó una colección de arte, mucho del cual era precisamente moderno, que

ción de arte, tanto nacionalsocialista como «degenerado»²⁰. En aras de lograr sus fines, el régimen nazi saqueó museos, destruyó y expolió colecciones privadas²¹. Además, aquellas obras robadas que se consideraban *Artige Kunst* serían, en principio, destinadas a un museo de arte europeo que Hitler pretendía crear en Linz, si bien la mayoría fueron vendidas, saliendo posteriormente de Alemania²². Amparado por estas motivaciones, el régimen, a través de la creación de un departamento especial para la incautación de bienes culturales²³, «compró» arte, mayoritariamente a propietarios judíos, con la promesa de otorgar a los «vendedores» un salvoconducto para poder huir de la Alemania nazi —como ocurrió en el caso Altmann c. República de Austria²⁴, uno de los más conocidos a nivel internacional²⁵—.

El expolio puesto en práctica por el ejército nazi durante la Segunda Guerra Mundial alcanzó tal calibre que las fuerzas aliadas crearon, en 1943 y gracias a la Segunda Comisión Roberts²⁶ promovida por Franklin D. Roosevelt²⁷, el programa MFAA —*Monuments, Fine Arts and Archives*—, más conocido popularmente como los *Monuments Men*. En un intento de contrarrestar los saqueos, se estableció una sección militar cuya misión era la protección del patrimonio cultural en aquellas zonas afectadas por la ocupación alemana²⁸. Antes de cada operación militar, los *Monuments Men* debían identificar los bienes culturales que debían ser protegidos²⁹. Del mismo modo, se creó a finales de 1944 la Unidad de Investigación sobre el Arte Expoliado, adscrita a los servicios secretos estadounidenses e integrada por tan sólo tres investigadores y cuyo objetivo era el de reconstruir el expolio por medio de interrogatorios a nazis y colaboradores y de documentación encontrada³⁰. Comenzó así el esfuerzo por

a su fallecimiento pasó a manos de su hijo. Así, a partir de 2010 la policía alemana encontró entre las pertenencias de Gurlitt hijo un total de 1406 piezas de arte expoliadas o, al menos, obtenidas durante el nazismo.

20 CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., «El caso o los casos Gurlitt», *Holocausto y bienes culturales* (eds. PÉREZ-PRAT DURBÁN, L.; FERNÁNDEZ ARRIBAS, G.), Publicaciones UHU, España, 2019; pp. 245 a 267.

21 *Ibid.*, p. 167.

22 SCOVAZZI, T., «La restituzione di opere d'arte depredate durante la Seconda Guerra Mondiale: alcuni casi relativi all'Italia», *Holocausto y bienes culturales* (eds. PÉREZ-PRAT DURBÁN, L.; FERNÁNDEZ ARRIBAS, G.), Publicaciones UHU, España, 2019; pp. 48 a 49.

23 SALTARELLI, A., «Restitution of looted art in Europe: Few cases, many obstacles», *Revista La Propiedad Inmaterial*, n.º 25, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2018; p. 142.

24 Se trata del caso que enfrentó a Maria Altmann, de origen judío y nacida en Austria, contra la República de Austria, en reclamación de seis obras del artista Gustav Klimt, que fueron saqueadas a Altmann durante la Segunda Guerra Mundial por oficiales nazis. Tras un largo proceso judicial que llegó a instancias del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, y un posterior arbitraje, el caso culminó con la devolución de cinco de las seis obras reclamadas.

25 FIGUERAS NOGALES, A., «Restitución de arte...» *op. Cit. Supra* nota n.º 8, p. 247.

26 La Primera Comisión Roberts fue impulsada por Roosevelt en 1941 para investigar los hechos relacionados con el ataque japonés a Pearl Harbor, mientras que la Segunda fue nombrada, también por Roosevelt, para ayudar al ejército de los Estados Unidos a proteger obras de valor cultural en la Europa ocupada por el régimen nazi.

27 MARTORELL, M., *El expolio... op. Cit. Supra* nota n.º 11, pos. 4393 a 4387.

28 FREEMAN, K., «Saving civilization: the Monuments Men in History and Memory», *Journal of Women's History* (Johns Hopkins University Press), volume 33, n.º 2, 2021.

29 MARTORELL, M., *El expolio... op. Cit. Supra* nota n.º 11, pos. 165.

30 *Ibid.*, pos. 165 a 176.

recuperar, restituir y proteger bienes culturales a nivel internacional, que sería posteriormente complementado por la redacción y firma de tratados internacionales.

No obstante, el traslado transfronterizo de muchos de los bienes culturales expoliados durante la ocupación nazi, sumado al amplio período de tiempo que media entre los acontecimientos y la interposición de reclamaciones de restitución, ha dificultado gravosamente la determinación de soluciones que satisfagan a todas las partes involucradas —los propietarios desposeídos o sus descendientes, pero también los terceros que, de buena fe, adquirieron legalmente esas obras—.

Así, este estudio³¹ tiene como objeto la identificación de aquellas vicisitudes de ámbito jurídico que pueden surgir en procesos que enfrentan a propietarios de arte desposeídos durante el Tercer Reich y los actuales propietarios: la inmunidad de jurisdicción predicable de los Estados, la prescripción de la acción de reclamación, la ley aplicable a los procesos judiciales, y la inmunidad de ejecución de los Estados. Asimismo, se trata de analizar cómo estos problemas han sido abordados por los tribunales estadounidenses, tomando como referencia la normativa de Derecho Internacional, para determinar así su adecuación a la misma. Para ello, el análisis se realiza a partir del desarrollo del caso Cassirer, a día de hoy pendiente de resolución, y en el cual la familia Cassirer viene reclamando la propiedad de un cuadro expoliado por el régimen nazi y cuya titularidad ahora ostenta el Estado español. Este caso resulta del mayor interés en cuanto que involucra al Reino de España —y, por lo tanto, a la normativa española—, y conociendo la protección de la que dota la ley española a los bienes culturales, dada la gran cantidad de patrimonio histórico de la que es poseedora la nación española. Por último, el litigio ha tenido numerosas instancias y aborda las principales problemáticas que se plantean hoy en día en relación con la restitución de bienes culturales.

2. MARCO JURÍDICO DEL EXPOLIO DE OBRAS DE ARTE

En referencia a la destrucción del patrimonio —en el contexto de la guerra en Siria—, el historiador Tom Holland afirmó lo siguiente:

«Cuando las amenazas se detengan, la sangre se seque y los sirios traten de construir algo desde los escombros, necesitarán símbolos. Mutilar el pasado del país también destruye su futuro. No solo están amenazadas piedras milenarias»³².

31 Podemos encontrar estudios de similar naturaleza como «Inmunidad de jurisdicción y plazos de prescripción: el asunto Cassirer» de Celia María Caamiña Domínguez, «El expolio nazi de obras de arte y las vicisitudes jurídicas actuales de su restitución. El caso Cassirer vs. Fundación Colección Thyssen-Bornemisza» de Susana Prieto Bergua o «Dos males, un bien no hacen: el asunto Cassirer ante los tribunales estadounidenses y la inmunidad de jurisdicción en España» de Björn Arp.

32 RÚA JUNQUERA, M., «La destrucción del patrimonio material y el Estado islámico», *Cadernos de Dereito Actual*, n.º 10, Universidad de Santiago de Compostela, 2018; pp. 281 a 291.

Esta afirmación es quizá reflejo del motivo de los esfuerzos por parte de las fuerzas vencedoras de la Segunda Guerra Mundial para encontrar y recuperar esos cientos de bienes expoliados por el nazismo.

El Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, suscrito en 1945, incluyó el robo de bienes públicos o privados dentro de los posibles crímenes de guerra. Posteriormente, los Tratados de Paz de 1947 –Tratado de París– recogieron provisiones demandando la restitución de bienes culturales expoliados³³. En 1954, las Naciones Unidas adoptaron en la Haya la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado y, en 1970, la Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales.

Seguidamente, tuvo lugar el desarrollo del Convenio de Unidroit sobre los Bienes Culturales Robados o Exportados Ilícitamente en 1995, que establecía un mecanismo automático³⁴ de restitución. En la misma línea, y en el ámbito de la Unión Europea, la Directiva 2014/60 UE, del Parlamento Europeo y del Consejo también introdujo un mecanismo automático de restitución de bienes culturales que hubieran salido ilícitamente del territorio de un Estado miembro, cuyo cumplimiento –evidentemente– solo es exigible a ellos. Mientras que el mecanismo de Unidroit establece reglas para el caso de robo –cuando hay cruce de fronteras– y de exportación ilegal de bienes culturales, la Directiva tiene un alcance más reducido al centrarse sólo en casos de exportación ilegal, dejando sin regular el mero robo. No obstante, estos mecanismos presentan una serie de obstáculos que dificultan su aplicación al contexto del expolio nazi de obras de arte: no deciden sobre la ley aplicable a cada caso, no permiten una aplicación retroactiva, únicamente operan *inter-partes*, y sus plazos absolutos limitan, en cualquier caso, la capacidad de reclamar.

En primer lugar, ambos únicamente permiten al tribunal decidir si procede o no retornar el bien a su lugar de origen. Es decir, dejan de lado la valoración acerca de la cuestión de la propiedad y sobre qué ley resultaría aplicable. En segundo lugar, estos mecanismos no son de aplicación retroactiva³⁵; es decir, aquellos robos que hubieran tenido lugar antes de su entrada en vigor no encajarían dentro de los supuestos a los que se podrían aplicar. En el caso del expolio nazi de obras de arte, por lo tanto, no sería de aplicación ni el Convenio ni la Directiva, al haberse sucedido los hechos décadas antes de su entrada en vigor. En tercer lugar, ambos mecanismos operan *inter-partes* y, para el Convenio de Unidroit, los Estados deben manifestar su consentimiento de obligarse por el texto para que éste les sea aplicable. Por último, tanto el Convenio como la Directiva imponen plazos absolutos que limitan significativamente la facultad de reclamar.

Como alternativa a los mecanismos automáticos de restitución encontramos la reclamación de propiedad ante los tribunales, supuesto en el que se enmarca la mayoría de las reclamaciones de obras de arte confiscadas por el régimen nazi. Como contrapartida, esta opción es considerablemente más lenta y requiere de un mayor esfuerzo económico que

33 SALTARELLI, A., «Restitution of...» *op. Cit. Supra* nota n.º 23, pp. 142 a 143.

34 Se denomina mecanismo automático porque, para su aplicación, no se entra al fondo del asunto. Es decir, si se cumplen una serie de requisitos básicos, la restitución es, o debiera ser, automáticamente llevada a cabo por el Estado correspondiente.

35 En el caso de la Directiva 2014/60, también opera la irretroactividad, si bien se deja la puerta abierta a que los Estados parte tengan la libertad de aplicarla de manera retroactiva si pudieran y quisieran.

los mecanismos automáticos de restitución. Además, y desde el punto de vista de quien reclama la propiedad de un bien, éste permanece durante todo el proceso bajo custodia de los reclamados. Sin embargo, es la vía más apropiada para los casos que atañen a este trabajo, aunque ello resulte cuando menos paradójico, puesto que fue precisamente la lentitud de las reclamaciones tradicionales lo que propició la creación de mecanismos automáticos de restitución³⁶.

Por otra parte, estas vías jurisdiccionales permiten a un particular dirigirse contra otro o contra un Estado, si bien el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la CDI establece la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos por ellos cometidos. De entre los supuestos que excluyen la ilicitud³⁷, ninguno encaja realmente con el supuesto analizado en este trabajo. En cuanto a las formas de reparación del perjuicio, el texto prevé la restitución y, en su defecto, la indemnización. En consecuencia, cabe plantearse si realmente debiera reclamarse la propiedad de bienes culturales a actuales poseedores que lo sean de buena fe y ajenos al proceso nazi de confiscación de bienes. En su defecto, y acogiendo el Proyecto de la CDI, la responsabilidad debería recaer en quien perpetró las actuaciones, es decir, el Estado alemán, sus órganos, o personas que actuaran amparados por Derecho interno alemán. En ese caso, el efecto sería la restitución de bienes de que sean titulares los sujetos mencionados y, de manera subsidiaria, el abono de una indemnización, pero, en ningún caso, y de acuerdo con el Proyecto, responderían otros Estados —ni sus órganos— a los que no sea atribuible el hecho internacionalmente ilícito.

Por otra parte, cuarenta y cuatro países participaron el 3 de diciembre de 1998 en la Conferencia de Washington, que tuvo por objeto el estudio de los activos confiscados durante el Holocausto y cuyo resultado fue la suscripción de los llamados Principios de Washington sobre Arte Confiscado por los Nazis³⁸, texto de naturaleza política. En esta conferencia se planteó, de nuevo, la cuestión relativa a la investigación sobre la procedencia y restitución de obras de arte a sus legítimos propietarios desposeídos —o a sus herederos— durante el régimen nacionalsocialista alemán. El objetivo era el de anular las diferentes legislaciones al respecto y poder así flexibilizar y fomentar la restitución³⁹. No obstante, la conferencia era de carácter voluntario⁴⁰ y, los principios no son vinculantes. La propia Declaración de Washington así lo reconoce al afirmar que los Estados «actúan en el desarrollo de un consenso sobre principios no vinculantes»⁴¹ y que cada Estado se debe implicar desde los límites jurídicos que cada normativa interna dicte. En la misma línea, los propios tribunales estadounidenses aceptaron el carácter político de los principios en el caso *Dunbar c. Seger-Thomschitz*⁴², en

36 SAN ROMÁN GUTIÉRREZ, L., «Tribunales competentes y...» *op. Cit. Supra* nota n.º 2, p. 297.

37 Consentimiento, legítima defensa, fuerza mayor, estado de necesidad, entre otras.

38 PÉREZ VAQUERO, C., «Los principios de Washington sobre arte confiscado por los nazis», *Quadernos de criminología: revista de criminología y ciencias forenses*, n.º 48, 2020; pp. 58 a 61.

39 *Id.*

40 AVITAL, C., «Looted art restitution», *Holocausto y bienes culturales* (eds. Pérez-Prat Durbán, L.; Fernández Arribas, G.), Publicaciones UHU, España, 2019; p. 79.

41 TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., «Las consecuencias actuales de la privación ilícita de obras de arte en tiempos del nazismo y la inmunidad del Estado: el caso Cassirer», *Revista Tribuna Internacional*, Volumen 7, n.º 13, 2018; p. 5.

42 En el año 2008, Sarah Blodgett Dunbar inició acciones judiciales contra Claudia Seger-Thomschitz en reclamación de la propiedad de una obra pictórica, «Portrait of a Youth» de Kokoshka, ante los

el cual el Tribunal de Apelaciones no admitió la aplicación de la Declaración de Terezín en detrimento de la legislación de Luisiana —que no avalaba la restitución de un cuadro cuya propiedad reclamaba la demandante—, habida cuenta de la naturaleza política, que no jurídica, del texto⁴³.

Los principios establecen la necesidad de identificar bienes artísticos confiscados por los nazis y no identificados, facilitar a investigadores el acceso a archivos relevantes, creación de un registro centralizado de información... Como se puede observar, hablamos de principios sin carácter normativo, que emanan de «obligaciones morales». Por lo tanto, es necesario relativizar su importancia, que es únicamente política al carecer de efectos jurídicos, a la hora de resolver litigios de naturaleza internacional o nacional —si bien, como se expone más adelante, los tribunales lo han alegado, no a la hora de decidir sobre el fondo de un asunto, sino para poner en duda la negativa de terceros de buena fe de devolver a sus anteriores dueños los bienes de los que son propietarios—. Se trata de una llamada, de carácter político e incluso moralista, a los Estados que suscribieron dichos principios a hacer cuanto esté en su mano para paliar los efectos del expolio nazi, creando así un consenso entre los Estados firmantes⁴⁴.

En el año 1999, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa adoptó la Resolución 1205, dando pie un año más tarde a la celebración del Foro Internacional de Vilna, cuyo propósito no era sino el de dar continuidad a la Conferencia de Washington y cuyo resultado fue la Declaración de Vilna⁴⁵, de contenido similar a la anterior de 1998 y con fuerza, una vez más, política, pero no jurídica.

Posteriormente, en 2009, se celebró la Conferencia de Praga, de la que resultó la Declaración de Terezín. En ella, cuarenta y siete Estados —España, una vez más, participó— firmaron la declaración de Terezín⁴⁶. Por medio de este documento, se trató de potenciar la importancia de investigaciones sobre la procedencia de obras de arte y la necesidad de una legislación adecuada para poder restituir todas esas piezas saqueadas⁴⁷. Asimismo, la Declaración destaca que los principios de Washington de 1998 se basan en el principio moral de que las propiedades artísticas y culturales confiscadas por los nazis deben devolverse a estas o sus herederos. De igual modo, se pretendió plasmar no sólo la existencia de bienes culturales saqueados durante el Holocausto, sino también aquélla de bienes que fueron comprados a sus propietarios a cambio de precios irrisorios o de salvoconductos y en situaciones de desventaja y amenaza. No obstante, la identificación de este tipo de compraventas resulta fútil, en cuanto que ya en los Tratados de Paz que ponían fin a la Segunda Guerra Mundial

tribunales del Estado de Luisiana. Dicha obra habría sido confiscada durante el régimen nazi a la familia política de la demandante.

43 TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., «Algunas reflexiones sobre el caso Cassirer c. Fundación Thyssen-Bornemisza desde el Derecho Internacional Público», *Holocausto y bienes culturales* (eds. PÉREZ-PRAT DURBÁN, L.; FERNÁNDEZ ARRIBAS, G.), Publicaciones UHU, España, 2019; p. 215.

44 PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., «Holocausto, bienes culturales y la acción normativa de la comunidad internacional», *Holocausto y bienes culturales* (eds. PÉREZ PRAT DURBÁN, L.; FERNÁNDEZ ARRIBAS, G.), Publicaciones UHU, España, 2019; p. 27.

45 TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., «Las consecuencias...» *op. Cit. Supra* nota n.º 41; p. 5.

46 Se anunció, de igual manera, la creación del Instituto del Legado del Holocausto, que tendría sede en Terezín.

47 AVITAL, C., «Looted...» *op. Cit. Supra* nota n.º 40; p. 79.

se estableció la obligación de devolver cualquier bien adquirido o trasladado ilegalmente en contexto bélico. Para el caso de compraventas realizadas por medio de cauce legal, fuera el precio uno u otro, esta previsión no aplicaría⁴⁸. Así quedó demostrado en el caso referente al Vermeer «Alegoría de la pintura». Se trataba de una compraventa formalizada entre la parte demandante y Hitler, habiendo sido el precio fijado —según alegaba la parte actora— por el propio Adolf. No obstante, se determinó que en la adquisición de la obra no había mediado coerción y, por lo tanto, la legalidad de la transacción fue determinante para que el cuadro fuese entregado al gobierno austríaco y no a la familia demandante⁴⁹. Esto, sin embargo, plantea el problema de que es poco probable que un demandante que alegue coerción en la compraventa de su bien pueda llegar a demostrar que, en efecto, medió coerción.

Los principios de Washington, y su posterior desarrollo por medio de la declaración de Terezín, tienen por lo tanto la única utilidad de elemento de presión, concienciación y opinión pública y, en ningún caso, deberían servir como base decisoria para la resolución de conflictos de reclamación. Su contenido político se aprecia a través de los textos que emanan de la Conferencia de Washington y la de Praga, en los cuales se recuerda su carácter únicamente político. Además, se aprecia la falta de mención, por un lado, al expolio sufrido por otros individuos distintos del pueblo judío que también fueron víctima del régimen nacionalsocialista⁵⁰, y, por otro lado, a la confiscación de bienes culturales por parte de la antigua URSS. Es decir, se manifiesta un «deber moral» de restitución de obras de arte, pero solamente de aquéllas que afectan a unos sujetos concretos o que han sido confiscadas por un bando determinado.

3. EL ASUNTO CASSIRER: PRINCIPALES CUESTIONES JURÍDICAS

Camille Pissarro, pintor impresionista francés de finales del siglo XIX, fue «el intérprete pictórico de la capital de lo moderno a través de sus [...] bulevares y avenidas pobladas por la multitud»⁵¹. Esto es lo que refleja su obra «La calle Saint-Honoré después del mediodía. Efecto de lluvia», accesible en el Museo Thyssen-Bornemisza de Madrid, cuya propiedad es objeto del presente análisis. La obra forma parte de una serie que el artista realizó, por motivos de salud, desde su habitación en París, tras haber pintado a lo largo de su vida mayoritariamente paisajes al aire libre. El cuadro, sujeto a los cambios atmosféricos naturales, refleja el ajeteo de una calle parisina a primera hora de la tarde, en utilizando una perspectiva a vista de pájaro y ángulos de visión forzados, rompedor en aquel final de siglo XIX⁵².

En aquel momento la obra de Pissarro, junto con la de sus coetáneos impresionistas, indignaba a los críticos, quienes definían la pintura impresionista como «unas cuantas manchas

48 CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., «La protección internacional de los bienes culturales en tiempos de guerra», *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 3, 2004; pp. 85 a 86.

49 TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., «Algunas reflexiones...» *op. Cit. Supra* nota n.º 43; p. 216.

50 Hablamos de personas homosexuales y opositores políticos al régimen, así como de gitanos, republicanos o españoles, entre otros.

51 MARCHÁN FIZ, S., «Fin de siglo y los primeros ismos del XX», *Summa Artis. Historia General del Arte* (ed. Espasa Calpe, S.A.), n.º XXXVIII, Madrid, 1994, p. 18.

52 *Ibid.*, p. 19.

de pinturas puestas al azar», por las temáticas escogidas y por la técnica de producción⁵³. Pocos imaginarían entonces que sería precisamente una obra perteneciente al movimiento impresionista la que protagonizaría uno de los casos más sonados a nivel internacional en materia de derecho y arte. El cuadro descrito interesa al presente trabajo por su relación con el expolio llevado a cabo por los nazis y por haber sido objeto del caso que ha sido llevado a los tribunales y que enfrenta a la familia Cassirer y a la Fundación Thyssen-Bornemisza. A continuación, se detalla la cronología en que se vio envuelta la obra desde su producción hasta que su titularidad fue puesta en duda ante los tribunales estadounidenses y los motivos que llevaron a ello, así como el empleo de la diplomacia por parte de España y Estados Unidos, para poder identificar los problemas jurídicos más relevantes y merecedores de análisis: la inmunidad de jurisdicción, la prescripción de la acción de reclamación, la ley aplicable, y la inmunidad de ejecución de los Estados.

3.1. La calle Saint-Honoré después del mediodía. Efecto lluvia

3.1.1. Vida de la obra antes del asunto Cassirer

El óleo impresionista fue pintado en 1897 por Camille Pissarro, que lo vendió un año después a un judío residente en Alemania, Julius Cassirer. A su muerte, la pintura fue heredada por el hijo de Cassirer y, posteriormente, por Lily Cassirer, viuda de éste. Es en el año 1939, en pleno auge del movimiento nacionalsocialista alemán, cuando Lily, abuela de quien décadas después iniciaría el litigio, toma la —forzada— decisión de vender la obra para así poder escapar del régimen nazi y salir de su ciudad natal, Múnich, y de Alemania. El cuadro fue vendido a cambio de un salvoconducto para poder adquirir un visado y 900 marcos imperiales —*Reichsmark*—, cantidad que se situaba muy por debajo de su valor de mercado y que, a todas luces, refleja la situación de desesperación en que la familia se encontraba. Además, los 900 marcos fueron depositados en una cuenta bloqueada a la que Lily no tuvo acceso. El comprador fue Jakob Scheidwimmer, marchante de arte y miembro del partido nazi⁵⁴.

Posteriormente, Jakob volvió a vender el cuadro a otro marchante de arte —el judío Julius Sulzbacher— a quien, tras huir con la obra a Rotterdam, le fue confiscado por la Gestapo. El cuadro fue retornado a Alemania y lo siguiente que se conoce es que, en 1943, la casa de subastas Lange de Berlín lo vendió a un comprador anónimo por el precio de 95.000 *Reichsmark*. Terminada la Segunda Guerra Mundial y vencido el régimen nacionalsocialista alemán, Lily Cassirer inició en 1950 un litigio en Alemania para recuperar el cuadro, cuyo paradero le era por aquel entonces desconocido. En 1958, Lily alcanzó un acuerdo con el Estado alemán, con Jakob Scheidwimmer y con Julius Sulzbacher. Mediante dicho acuerdo, Lily aceptaba una compensación pecuniaria por valor de 120.000 marcos alemanes —30.000 dólares de la época y 280.000 actuales—; cifra que, esta vez sí, se correspondía con el valor de mercado de la obra en el momento del acuerdo. Cumplido el acuerdo, las partes pusieron fin a los esfuerzos por localizar la obra. Cuatro años más tarde, Lily fallecía desconociendo el paradero del cuadro⁵⁵.

53 GOMBRICH, E. H., *La historia del arte*, Phaidon Press, Londres, 2011; p. 399.

54 ARP, B., «Dos males, un bien no hacen: el asunto Cassirer ante los tribunales estadounidenses y la inmunidad de jurisdicción de España», *REDI*, volumen 63, n.º 2, 2011; p. 162.

55 DÍEZ SOTO, C. M., «Cassirer v. Fundación Thyssen: Adquisición por usucapación extraordinaria de obra de arte robada durante el Holocausto», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, volumen 8, n.º 2, 2016; p. 379.

Paralelamente, en 1951, un particular llamado Sydney Brody adquirió la obra en la galería estadounidense de Beverly Hills Frank Perls. Un año después, Brody puso el cuadro a la venta en una galería de Nueva York y fue adquirido por el coleccionista estadounidense Sydney Schoenberg. En 1976 el Barón Thyssen-Bornemisza, residente en Suiza, adquirió la obra. Ésta estuvo expuesta en Lugano y, entre el año de adquisición y 1990, formó parte de exposiciones temporales en países como Reino Unido, Japón e, incluso, Alemania —entre otros—⁵⁶.

En el año 1988, el Estado español alquiló la colección de arte del Barón durante 10 años por la suma de 50 millones de dólares, creando al mismo tiempo la Fundación Colección Thyssen-Bornemisza. No obstante, 5 años después el Reino de España adquirió la propiedad de dicha colección por el precio de 327 millones de dólares y, con ella, la propiedad de la obra de Camille Pissarro. La venta de la obra por parte del barón tuvo lugar tras una *due diligence* en la que se discutió la legitimidad del título de la parte vendedora para llevar a cabo la compraventa, la cual no puso de manifiesto irregularidad alguna, validando tanto el título como la buena fe del barón Thyssen. Todavía debieron transcurrir algunos años para que, en el 2000, Claude Cassirer, nieto de Lily Cassirer, descubriera la obra de su abuela en la exposición permanente del Museo Thyssen-Bornemisza de Madrid⁵⁷. En el año 2002, Claude reclamó la devolución del *Pissarro* a la Fundación Thyssen-Bornemisza, reclamación que fue rechazada⁵⁸ y, finalmente, Claude Cassirer interpuso demanda contra el Estado español y la Fundación Thyssen-Bornemisza en 2005.

De la vida de la obra antes de la interposición de la demanda, son especialmente relevantes los siguientes datos: en primer lugar, el cuadro ha pasado por incontables manos —entre galerías y coleccionistas, es decir, profesionales del sector— antes de acabar como propiedad del Reino de España; en segundo lugar, no sólo medió diligencia en la compraventa del bien entre el barón Thyssen y el Estado español, sino que no se reveló ninguna incidencia en el título que el primero poseía sobre el cuadro y sí se corroboró su buena fe; en tercer lugar, que la familia Cassirer ya recibió compensación por parte del Estado alemán por la sustracción del *Pissarro* la cual, además, era ajustada a los precios de mercado —y, en cualquier caso, las vicisitudes que pudieran surgir a causa de dicha indemnización habrían de ser atendidas por el Estado alemán únicamente, que es quien formalizó el acuerdo con Lily Cassirer—.

3.1.2. Diplomacia España-Estados Unidos

En 2010, y en paralelo al proceso judicial y a las sucesivas reclamaciones por parte de la familia Cassirer, la organización mediática WikiLeaks dio a conocer que la devolución del *Pissarro* ha sido uno de los asuntos más recurrentes de las últimas décadas en materia cultural entre los órganos diplomáticos españoles y estadounidenses. De acuerdo con las filtraciones, se habrían sucedido tanto reclamaciones oficiales por parte de congresistas estadounidenses al Ministerio de Educación, Cultura, y Deportes español, como presiones diplomáticas por parte del embajador O'Donnell —enviado especial para asuntos del Holocausto— con el objetivo de propiciar una reunión entre la Fundación y la familia Cassirer y alcanzar así un acuerdo. En vista de la negativa por parte del Estado español y de la Fundación Thyssen-Bornemisza a ceder ante las presiones norteamericanas, el cuerpo diplomático estadounidense incluso sugirió la idea de un trueque entre la obra de Pissarro y los contenidos hallados —de

56 *Id.*

57 ARP, B., «Dos males...» *op. Cit. Supra* nota n.º 54; pp. 162 a 163.

58 Díez SOTO, C. M., «Cassirer v. Fundación...» *op. Cit. Supra* nota n.º 55; p. 380.

manera ilícita— por la compañía norteamericana Odyssey Marine Exploration⁵⁹ en una fragata española hundida en 1804⁶⁰, lo cual fue rechazado pues, se alegó, haría falta una decisión judicial para proceder a la devolución del cuadro⁶¹.

3.2. Proceso judicial. Principales cuestiones jurídicas

Así, nos situamos en el 10 de mayo de 2005, día en que Claude Cassirer interpuso una demanda contra el Estado español y la Fundación Thyssen-Bornemisza ante el Juzgado del Distrito Central de California, aquél correspondiente a su lugar de residencia⁶². Claude Cassirer falleció en 2010, sin perjuicio de lo cual sus herederos David y Ava Cassirer continuaron el pleito, sustituyendo a Claude en su posición procesal junto con la United Jewish Federation. En la demanda interpuesta en 2005, se solicitaba la restitución de la obra o, en su defecto, una indemnización por daños y perjuicios.

3.2.1. Inmunidad de jurisdicción

En el año 2005, ante la demanda interpuesta por Claude Cassirer contra el Estado español, propietario de la Fundación Thyssen-Bornemisza, la parte demandada trató de hacer valer, en un primer lugar, la inmunidad de jurisdicción española para atacar la competencia jurisdiccional de los tribunales del Estado de California. La excepción alegada por las demandadas se vio desestimada, tanto por el Juzgado del Distrito en 2006 como, posteriormente en 2009, por la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito. Frente a la resolución del recurso de apelación, la parte demandada presentó moción de recusación contra los jueces. Esta recusación fue estimada y el juicio se volvió a celebrar, si bien se rechazó, una vez más, la inmunidad de jurisdicción de España. La estimación de la competencia del Juzgado del Distrito devino firme en 2011, en aplicación de la Ley de Inmunidades de Soberanías Extranjeras de 1976, y tras un intento malogrado de presentarse ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

A. Consideraciones sobre el privilegio de inmunidad de los Estados

La inmunidad de jurisdicción es uno de los principios básicos del Derecho Internacional y deriva de la máxima *par in parem non habet imperium*. Proscribe que los órganos jurisdiccionales de un Estado juzguen a otro Estado, en respeto de los principios de independencia, soberanía e igualdad de las naciones. La inmunidad de jurisdicción hunde sus raíces en la práctica judicial internacional, si bien la jurisprudencia internacional añade cada vez más límites a las inmunidades de los Estados, en favor de una más efectiva tutela judicial. Por ello, a

59 En mayo de 2007, el buque Odyssey Explorer, perteneciente a la empresa norteamericana Odyssey Marine Exploration, halló una fragata, Nuestra Señora de las Mercedes, perteneciente a la Armada Española, entre cuyos contenidos se identificó una gran cantidad de monedas susceptibles de ser de interés para el Patrimonio Histórico Español. Ante la negativa por parte de la compañía de retornar el contenido de la fragata al Estado español —se alegó un abandono de ésta por parte del Reino de España—, el asunto fue llevado ante los tribunales estadounidenses. Finalmente, el litigio lo ganó España y las monedas le fueron devueltas.

60 CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., «El asunto del Nuestra Señora de las Mercedes (Odyssey)», *Revista electrónica de estudios internacionales* (ed. Universidad de Salamanca), n.º 17, 2009.

61 ARP, B., «Dos males...» *op. Cit. Supra* nota n.º 54; pp. 173 a 175.

62 DÍEZ SOTO, C. M., «Cassirer v. Fundación...» *op. Cit. Supra* nota n.º 55; p. 379.

la hora de regular dichas limitaciones, habrá que atender a los planos convencional, consuetudinario y jurisprudencial. En ese sentido, la Corte Internacional de Justicia, por medio del caso Alemania c. Italia⁶³, plasmó que, en efecto, la inmunidad jurisdiccional de los Estados era costumbre en Derecho Internacional, refrendada por la legislación estatal. Arguyó que, cuando un Estado alega inmunidad de jurisdicción o la concede a otro, lo hace sobre la creencia de que existe en Derecho Internacional esa inmunidad y la obligación del resto de Estados de respetarla⁶⁴. Se trata de una materia de complejo análisis, puesto que los límites que la inmunidad de jurisdicción impone impiden, en algunos casos, la reparación por vulneración de normas internacionales y de *ius cogens*⁶⁵. En ese sentido, la inmunidad de jurisdicción ha sido, en litigios relacionados con la recuperación de bienes artísticos expoliados durante el Holocausto, uno de los mayores límites a la satisfacción de las expectativas de titulares desposeídos, especialmente cuando esos bienes se encuentran en posesión de un Estado⁶⁶.

Es Estados Unidos el país que más ha contribuido al desarrollo de la doctrina de la inmunidad, con aportaciones como la Ley de Inmunidades de Soberanías Extranjeras de 1976⁶⁷. Esta ley fue aprobada con la intención de clarificar bajo qué circunstancias podían los tribunales federales juzgar a naciones extranjeras. Previamente, los Estados Unidos se había adherido a la teoría de que la inmunidad de jurisdicción debía ser absoluta hasta que, en el año 1952, se determinó que la inmunidad no podía ser reconocida en todos los casos⁶⁸ y se comenzó a aplicar una teoría de inmunidad restrictiva. De acuerdo con esta teoría, un Estado es inmune a ser juzgado en base a su actividad gubernamental, pero no en base a actividades

63 En 1944 y 1945, las fuerzas armadas alemanas cometieron una serie de atrocidades contra civiles en, respectivamente, Grecia e Italia. En 1998, Luigi Ferrini, nacional italiano, demandó al Estado alemán ante los tribunales italianos, siendo dicha demanda desestimada en respeto a la inmunidad de jurisdicción de que era titular Alemania. No obstante, esto fue revocado en 2004, al entender la Corte de Casación italiana que Italia sí tenía competencia, puesto que la inmunidad de jurisdicción no es absoluta y admite limitaciones en casos de crímenes internacionales. En base a ello, la Corte de Casación confirmó, en 2008, una condena a cadena perpetua a un nacional alemán y ordenaba el pago de una indemnización a las víctimas de 1945 por parte de Alemania. En paralelo, en 1995 parientes de víctimas de las masacres griegas demandaron al Estado alemán, obteniendo un resultado estimatorio, pero no pudiendo ejecutar la sentencia. Trataron entonces de acudir a los tribunales alemanes, con igual suerte. Finalmente, acudieron a la justicia italiana, que atendió su petición y ordenó un procedimiento de ejecución sobre la villa Vigoni, propiedad de Alemania. Sin embargo, el caso fue llevado ante la Corte Internacional de Justicia y la ejecución suspendida. En 2008, Alemania demandó a Italia y, finalmente, la CIJ emitió sentencia en 2012 declarando la vulneración por parte de Italia de sus obligaciones internacionales, por cuando no había respetado las inmunidades jurisdiccionales del Estado alemán.

64 NEGRO, D., «La inmunidad jurisdiccional de los Estados: el caso Alemania contra Italia - Corte Internacional de Justicia». *Agenda Internacional Año XIX*, n.º 30, 2012; p. 6.

65 FERNÁNDEZ ARRIBAS, G., «La inmunidad del Estado como límite a la restitución de los bienes expoliados durante el Holocausto», *Holocausto y bienes culturales* (eds. PÉREZ-PRAT DURBÁN, L.; FERNÁNDEZ ARRIBAS, G.), Publicaciones UHU, España, 2019; p. 155.

66 *Ibid.*, p. 157.

67 REYES MONCAYO, M. A., «La inmunidad jurisdiccional de los Estados: diferencias normativas y prácticas entre México y Estados Unidos», *Revista Mexicana de Política Exterior*, n.º 109, 2017.

68 Esto se conoce como «Tate Letter» puesto que fue Jack Tate, Consejero Legal del Secretario de Estado de los Estados Unidos, quien anunció que a partir de ese momento sería de aplicación la teoría de la inmunidad de jurisdicción restrictiva, en detrimento de la absoluta.

comerciales llevadas a cabo por el propio Estado⁶⁹. En consecuencia, frente a la alegación de inmunidad por parte de un Estado extranjero ante tribunales federales, se comenzó a aplicar la excepción por actividad comercial. Así, los tribunales estadounidenses podrían conocer de aquellos litigios en que, aun tratándose de Estados que aleguen inmunidad de jurisdicción, sea de aplicación la cláusula de expropiación, en virtud de la cual un Estado extranjero podrá ser juzgado si concurren tres circunstancias: en primer lugar, que la propiedad del bien objeto del litigio se haya adquirido en violación de normas de Derecho Internacional; en segundo lugar, que el bien sea propiedad del Estado o de sus organismos; en tercer lugar, que el Estado o el organismo dependiente de él que ostente la propiedad del bien lleve a cabo actividades comerciales en territorio estadounidense⁷⁰.

El Convenio de Naciones Unidas sobre Inmunities Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, aprobado en diciembre de 2004, es considerado una codificación de derecho consuetudinario y, por tanto, su cumplimiento es exigible a todos los Estados⁷¹. La redacción del texto convencional de las Naciones Unidas se inspiró en el Convenio Sobre la Inmunidad de los Estados de 1972 y en legislación estadounidense, concretamente la Ley de Soberanías de 1976 ya mencionada⁷², distinguiendo por tanto entre actos realizados en el ejercicio del poder soberano que gozan de inmunidad absoluta —*acta de iure imperii*— y actos de ámbito mercantil y privado cuya inmunidad es susceptible de ser limitada —*acta de iure gestionis*—⁷³. En el caso que enfrentó a Alemania e Italia, la CIJ recordó que, respecto de los primeros, la inmunidad del Estado es absoluta aun siendo ilícitos los actos ejercitados⁷⁴ y que ésta no puede depender de la gravedad de los actos ya que la inmunidad jurisdiccional implica, por un lado, no ser sometido a una sentencia condenatoria y, por otro, no ser sometido al proceso; es decir, su naturaleza es preliminar⁷⁵.

A modo de inciso, es perentorio hacer mención del problema añadido que podría suponer la retroactividad —o irretroactividad— de la teoría de la inmunidad restrictiva que aplica en los Estados Unidos, habida cuenta de que esta se incorporó a partir de 1952 y los litigios en materia de expolio nazi abarcan una época anterior. Esto quedó resuelto por medio del caso *Altmann*⁷⁶, en el cual se decidió lo siguiente: la Corte de Apelaciones entendió que a la demandada no se le habría concedido la inmunidad de jurisdicción incluso bajo el estado de la ley en 1948 dado que, por aquel entonces, la decisión relativa a la inmunidad de jurisdicción recaía sobre el Departamento de Estado norteamericano, que en ningún caso hubiera fallado en favor de Austria al tratarse de actos muy estrechamente asociados a lo acontecido durante la Segunda Guerra Mundial⁷⁷.

69 ADELMAN, J., «Sovereign immunity: Ramifications of Altmann», *ILSA Journal of International & Comparative Law*, volume 11, 2004; p. 178.

70 CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., «Inmunidad de jurisdicción y plazos de prescripción: el asunto Cassirer» *AFDUAM*, n.º 19, 2015; p. 82.

71 WEBB, P., «Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes», *Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas*, n.º 19, 2019.

72 *Id.*

73 *Id.*

74 NEGRO, D., «La inmunidad...» *op. Cit. Supra* nota n.º 64; p. 8.

75 *Ibid.*, p. 12.

76 En el caso *Altmann* c. República de Austria, el Estado austriaco alegó, en un esfuerzo por evitar un litigio en los Estados Unidos, la inmunidad de jurisdicción, lo cual fue desestimado.

77 VÁZQUEZ, C. M., «*Altmann v. Austria and the retroactivity of the Foreign Sovereign Immunities Act*»,

B. El Juzgado del Distrito y la cláusula de expropiación

En un primer momento, por lo tanto, el Juzgado del Distrito hubo de analizar si la Fundación Thyssen-Bornemisza encajaba dentro del concepto de organismo dependiente del Estado español. Se llegó a la conclusión de que la Fundación sí podía ser tenida como un organismo estatal a efectos de la Ley de 1976, en cuanto que España había sido parte del contrato de préstamo de la colección, que había facilitado un palacio para exponer dicha colección, y que España ocupaba un papel relevante a la hora de designar los miembros del Patronato de la Fundación⁷⁸. A continuación, se procedió a determinar si en la adquisición del *Pissarro* se habían vulnerado o no normas de Derecho Internacional y, en concreto, si su venta forzosa en 1939 constituía un caso de expropiación por los propios nacionales. Se entendió que, dado que los judíos en la Alemania nazi no eran tenidos como ciudadanos alemanes, éste no era el caso. En consecuencia, y dado el precio muy por debajo de mercado por el cual se compró el cuadro, el Juzgado dictó que, en efecto, había habido vulneración de normas internacionales por parte de un Estado. Se analizó, finalmente, si el Reino de España o la Fundación habían llevado a cabo actividades comerciales en suelo norteamericano. Se demostró que la Fundación sí había llevado a cabo dichas actividades, dado que vendía reproducciones de la obra a ciudadanos estadounidenses, y dada la actividad comercial a través de la tienda del museo online que, en muchos casos, tenía relación con el *Pissarro*.

No obstante, el Estado infractor no es, en este caso, el español, sino el alemán, vulnerando la normativa americana en este punto el Derecho Internacional, concretamente el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la CDI, que determina que la responsabilidad internacional se predicará del Estado que vulnera las normas internacionales. Es decir, la Ley de 1976 se limita a identificar una conducta ilícita, independientemente de si la parte juzgada es o no responsable por dicha conducta, siendo que la norma internacional dicta que debería haber sido en este caso Alemania la parte demandada. Pero incluso ese supuesto sería de dudosa legalidad, en cuanto que en 1958 el Estado alemán indemnizó a Lily Cassirer con 120.000 marcos alemanes —suma que, recordemos, se ajusta al precio de mercado en el momento de la entrega—. El art. 34 del Proyecto mencionado incluye la indemnización pecuniaria como una forma de reparación del hecho internacionalmente ilícito, mientras que el art. 36 determina que la indemnización será la manera de reparar el hecho ilícito en cuanto que éste no se repare por medio de la restitución. En 1958 Alemania no pudo restituir el cuadro en cuanto que éste se encontraba en paradero desconocido, por lo que se procedió a entregar una suma pecuniaria equivalente al valor del bien en aquel momento, extinguiendo por tanto la responsabilidad internacional de Alemania.

Además, como ya hemos visto en el apartado anterior, el caso Alemania c. Italia plasmó que, más allá de que el hecho sea o no ilícito, lo relevante es que sea cometido por el Estado en su capacidad no soberana. De lo contrario —en caso de tratarse de actos del Estado en su capacidad soberana—, el hecho ilícito no revocaría la inmunidad del Estado, la cual sería absoluta. En este caso, y si bien el art. 10 de la Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes no permite la oponibilidad de la inmunidad en transacciones mercantiles realizadas por un Estado con personas naturales o jurídicas extranjeras, el art. 21 del mismo texto convencional establece que no será tenida como actividad comercial, sino como servicio público no comercial, aquella realizada por un Estado con respecto de bienes

Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper, n.º 12, 2005; p. 208.

78 Díez SOTO, C. M., «Cassirer v. Fundación...» *op. Cit. Supra* nota n.º 55.

que formen parte de su patrimonio cultural y de bienes que formen parte de una exposición de objetos con interés cultural y no estén destinados a ser puestos en venta. En este caso, sí se encontraban en venta las reproducciones de la obra a través de la tienda del museo online, pero no la obra en sí misma, la cual quedaría excluida de toda actividad comercial de acuerdo con el Derecho Internacional. Además, al formar parte el *Pissarro* del patrimonio cultural español de acuerdo con la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, no queda duda de que se trata de uno de los bienes especiales a los que hace referencia el Convenio y que, en consecuencia, no es ajustada a Derecho Internacional la interpretación del Juzgado del Distrito al tratarse de un acto del Estado en su capacidad soberana. Bien es cierto que el contenido del mencionado art. 21 se predica de la inmunidad de ejecución, y no específicamente de la inmunidad de jurisdicción, pero cabría cuestionar el sentido de que un solo texto convencional diera un tratamiento distinto a la misma clase de bienes dependiendo del tipo de inmunidad. Por otro lado, el mencionado art. 10, en su apartado tercero, garantiza la pervivencia de la inmunidad del Estado incluso cuando una empresa u entidad creada por el mismo y dotada de personalidad jurídica, con capacidad para ser parte y para adquirir, poseer y disponer de bienes, intervenga en un proceso relativo a una transacción mercantil.

Como hemos visto, en el caso *Alemania c. Italia* la CIJ afirmó la obligatoriedad de los Estados de respetar la inmunidad de jurisdicción invocada por otros, como consecuencia de su carácter consuetudinario a nivel internacional. Entendiendo que el art. 21 sobre clases especiales de bienes fuera aplicable no solo a la inmunidad de ejecución, sino también a la de jurisdicción, entonces el tribunal estadounidense no habría respetado dicha inmunidad y nos encontraríamos ante la posibilidad de España de invocar la comisión de un hecho internacionalmente ilícito por parte de los Estados Unidos. De acuerdo con el Proyecto de Artículos de Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, es atribuible al Estado la comisión de hechos por parte de sus órganos, entendiendo como tales, entre otros, aquéllos que ejercen funciones judiciales, tanto si pertenecen al gobierno central como a una división territorial del Estado —como sería el caso del Juzgado del Distrito—.

C. La Corte de Apelaciones del Noveno Circuito

El Distrito de California desestimó la inmunidad de jurisdicción española; desestimación que fue recurrida ante la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito. En esta segunda instancia, se analizaron las siguientes interrogantes: si la cláusula de expropiación resultaba de aplicación o no, siendo que no había sido el Estado español el que había vulnerado el Derecho Internacional; si la escasa actividad comercial de la Fundación en territorio estadounidense era suficiente como para ser considerada como tal; y si se debieran haber agotado con carácter previo los mecanismos de reclamación existentes en España y Alemania.

Respecto de la primera cuestión, la Corte aclaró que no era necesario que hubiera vulnerado las normas internacionales el propio Estado demandado, sino que era suficiente con que un Estado, el demandado u otro, las hubiera vulnerado. Ello en base al tenor literal de la Ley de 1976, que no explicita quién debe haber protagonizado la vulneración⁷⁹. Es decir, a pesar de que para la aplicación de la cláusula se exige la previa vulneración del Derecho Internacional, se permite perseguir a un tercer Estado de buena fe —en este caso, España— por los actos de otro —Alemania—. El Derecho Internacional establece que todo hecho internacionalmente ilícito genera responsabilidad internacional. Sin embargo, España, en este caso, no se ubica

79 *Id.*

en ninguno de los supuestos que, de acuerdo con el texto, generan responsabilidad según el Proyecto de artículos de la CDI. De igual manera, no le es aplicable ninguna previsión sobre responsabilidad de un Estado por los actos de otro —ayuda en la comisión, dirección de la comisión o coacción sobre el otro Estado—. Por lo tanto, la Ley aplicada por el tribunal norteamericano vulnera las previsiones del Derecho Internacional en cuanto que no se ciñe a aquellos supuestos en que sí es perseguible un Estado por sus propios actos o por los actos de otro ni a supuestos de estricta autoría, coautoría o complicidad en la comisión del hecho internacionalmente ilícito.

En atención a la segunda de las interrogantes, la Corte dio un mayor peso a la naturaleza de las actividades llevadas a cabo por la Fundación que a la mayor o menor entidad de éstas. Tras elaborar el tribunal un listado de las actividades comerciales⁸⁰ —independientemente de si había mediado ánimo de lucro o no— que la Fundación había mantenido en los Estados Unidos, se confirmó que éstas eran suficientes para cumplir con el requisito legal⁸¹.

La última cuestión fue resuelta también de manera desfavorable a los intereses de los recurrentes. Se entendió que la cláusula de expropiación no requería que se hubiera acudido con anterioridad a mecanismos de reclamación de la propiedad, ni ante los tribunales del Estado demandado, ni ante aquéllos del Estado en que residiera el bien, ni ante tribunales internacionales. En ese sentido, el Proyecto de artículos de la CDI, en su art. 44, permite que la responsabilidad internacional de un Estado sea invocada cuando la reclamación de que se trate no esté sujeta a la norma del agotamiento de los recursos internos. En este caso, por tanto, sí se ajusta la decisión del tribunal a la normativa internacional, en cuanto que la norma que se aplicó no preveía el agotamiento de los recursos internos ni externos para poder admitir la demanda.

La consecuencia última de todos los razonamientos expuestos fue que quedó confirmada la competencia jurisdiccional del Juzgado del Distrito de California y desestimadas las pretensiones españolas en lo que respecta a la inmunidad de jurisdicción⁸².

3.2.2. Prescripción de la acción

Confirmada la competencia del Juzgado del Distrito Central de California, los herederos de Claude Cassirer decidieron continuar con el proceso, pero únicamente contra la Fundación Thyssen-Bornemisza, aunque el Estado español permaneció en el proceso bajo la figura de *amicus curiae*⁸³. En 2011, la Fundación Thyssen-Bornemisza opuso excepción por prescripción de la acción de reclamación.

A. Iter legislativo y constitucionalidad de los plazos de prescripción

Como primera de las alegaciones, la Fundación solicitó la declaración de inconstitucionalidad del precepto que extendía el plazo de prescripción de tres a seis años para reclamar

80 Entre otras, compraventa de libros, envío a Estados Unidos de regalos de la tienda del Museo, contratación de ciudadanos norteamericanos para la redacción de catálogos y difusión de publicidad de la colección del Museo en Estados Unidos.

81 CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., «Inmunidad...» *op. cit. Supra* nota n.º 70; p. 85.

82 *Ibid.*, p. 86.

83 Esta figura permite a terceros ajenos a un proceso judicial su personación en el mismo con el objetivo de aportar elementos o juicios que puedan resultar relevantes para la resolución del litigio.

obras de arte robadas, al regular una cuestión que puede afectar a museos y galerías extranjeros y que, por tanto, es de competencia federal y no estatal⁸⁴.

Se hace alusión aquí a las reformas que el legislador del gobierno estatal de California realizó a partir del año 2002 sobre la ley californiana —en concreto, sobre el Código de Procedimientos Civiles de California—, y por las cuales se ampliaba el plazo de prescripción aplicable hasta entonces. Mediante la modificación normativa de 2002, se pasó de poder interponer acción de reclamación dentro de los tres años siguientes al descubrimiento del paradero de un bien confiscado durante el Holocausto, a poder interponerla dentro de los seis años siguientes, siempre y cuando la acción se interpusiera antes del 31 de diciembre de 2010⁸⁵. No obstante, durante el transcurso del caso Von Saher c. Norton Simon Museum of Art⁸⁶, el Juzgado del Distrito de California declaró en 2007 la invalidez de dicha reforma. Al parecer de la Corte, modificar una norma que afectara a casos en los que se pudieran ver involucrados agentes extranjeros era inconstitucional, puesto que es el gobierno federal de los Estados Unidos el que ostenta las competencias exclusivas en materia de asuntos exteriores, y no así los gobiernos estatales, como el de California. Por tanto, el gobierno estatal había incurrido en *field preemption*; es decir, invasión de competencias federales. En el año 2009, la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito confirmó la inconstitucionalidad de la modificación normativa de 2002.

A raíz de la declaración de invalidez, el legislador californiano volvió a modificar su normativa en 2011: se restablecía el plazo de prescripción general de tres años para la reclamación de bienes muebles, pero se dejaba abierta la posibilidad de ampliar dicho plazo a seis años cuando la reclamación fuese dirigida contra museos, galerías, casas de subastas o marchantes de arte para recuperar bienes culturales expoliados después de 1910 y para el caso de acciones que estuvieran pendientes o que se iniciaran antes del 31 de diciembre de 2017. Fue esta la modificación cuya inconstitucionalidad alegó la Fundación Thyssen-Bornemisza, entendiendo que equivalía a la modificación, ya declarada inconstitucional, de 2002. En mayo de 2012 el Juzgado del Distrito, a la luz de las similitudes entre la reforma normativa de 2002 y la de 2011, estimó la pretensión de la Fundación y dictó que, en efecto, la acción interpuesta por Cassirer había prescrito —desde que el demandante descubrió el *Pissarro* expuesto en Madrid hasta que interpuso demanda de reclamación, había mediado un lapso de cuatro años— y que el gobierno estatal había incurrido en *field preemption*.

Esta decisión fue apelada por la demandante ante la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito que, en sentencia de 9 de diciembre de 2013, resolvió en su favor, dictando la no prescripción de la acción de reclamación interpuesta en 2005⁸⁷. Para ello, la Corte arguyó que la reforma de 2002 y la de 2011 no eran funcionalmente similares: mientras que en la primera de ellas se incluía únicamente la reclamación de obras de arte confiscadas durante

84 MATEU DE ROS, R., «Comentario de la sentencia del Tribunal del Distrito Central de California de 30 de abril de 2019: Caso Cassirer vs. Fundación Colección Thyssen-Bornemisza», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, 2019; pp. 559 a 612.

85 CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., «Inmunidad...» *op. cit. Supra* nota n.º 70; p. 91.

86 En el caso Von Saher c. Norton Simon Museum of Art, Marei von Saher interpuso una acción contra el museo en aras de recuperar dos óleos —Adán y Eva— que, entre otras obras, fueron arrebatados por el régimen nazi a su suegro. Dicha acción fue interpuesta, primero en 2007 y posteriormente en 2011, al amparo de la ley californiana.

87 Díez SOTO, C. M., «Cassirer v. Fundación...» *op. Cit. Supra* nota n.º 55; p. 40.

la Segunda Guerra Mundial, en la segunda se posibilitaba la reclamación de cualquier bien cultural, independientemente de si había sido confiscado en contexto bélico o no. Por tanto, la segunda instancia entendió que en la reforma de 2011 no había mediado *field preemption*, puesto que no había implicado la implantación de políticas propias en materias de asuntos exteriores⁸⁸. No obstante, este razonamiento no se ajusta a lo establecido por medio del caso Von Saher ya mencionado. En aquél, se entendió que era inconstitucional —*field preemption*— que un gobierno estatal regulara materias reservadas al gobierno federal, como son aquéllas en las que se ven involucrados asuntos exteriores. Pero la reforma de 2011, si bien permite reclamar un más amplio abanico de bienes culturales, también incluye aquéllos en los que se ven involucrados agentes exteriores. Es decir, aun siendo las reformas de 2002 y 2011 funcionalmente dispares, esta disparidad se observa solo en el repertorio de supuestos a los que hace alusión la norma, siendo la de 2011 más amplia, pero, en cuanto que en algunos de esos supuestos sí hay agentes exteriores involucrados, se trata de una materia reservada al gobierno federal de los Estados Unidos.

Del conflicto de normas estatales y federales en Estados Unidos resulta un régimen dispar e inconsistente, si bien cabe mencionar que, el 16 de diciembre de 2016, el estado federal promulgó la *Holocaust Expropriated Art Recovery Act of 2016*, en el entendimiento de que era necesaria una norma federal que evitara el entorpecimiento de litigios en materia de bienes artísticos expoliados por el régimen nacionalsocialista. El texto alude al deber moral de los Estados Unidos para con aquellos afectados por el expolio nazi como, incide, así lo refleja la suscripción por parte del país norteamericano de los Principios de Washington. De este modo, se armoniza el plazo de prescripción de seis años para interponer acción de reclamación de cualquier obra de arte —u otras propiedades— confiscada durante el Holocausto desde que el demandante tenga conocimiento efectivo de la identidad o ubicación del bien, o desde que el demandante tenga interés posesorio por el bien. Sin perjuicio de que esta armonización pueda resultar en menores trabas para aquéllos que reclaman la propiedad de un bien cultural ante los tribunales estadounidenses, no deja de ser llamativo que la misma se realice en virtud —el propio texto así lo dice— de los Principios de Washington, cuyo contenido es esencialmente político y no normativo y cuyos efectos no son vinculantes —pese a la suscripción de los mismos—, y más aún cuando el plazo de prescripción que avala es muy superior —el doble, incluso— que los plazos contenidos en mecanismos a nivel internacional y teniendo en cuenta los efectos retroactivos que ello pueda tener sobre derechos de terceros de buena fe. El Convenio de Unidroit, por ejemplo, establece un plazo de 3 años desde que el demandante conoce el paradero del bien y la identidad de quien lo posee para interponer demanda de restitución. Es decir, de acuerdo con la normativa internacional en la materia, el plazo para ejercitar la acción habría prescrito en el caso de Claude Cassirer, a lo cual se opone la norma de Estados Unidos, siendo que es un Estado miembro del citado Convenio.

B. Due Process Clause, Primera Enmienda y Equal Protection Clause

En paralelo, la Fundación alegó que la reforma de 2011 implicaba una vulneración de la *Due Process Clause* de la Decimocuarta Enmienda, en cuanto que la posibilidad de aplicar retroactivamente el nuevo plazo de prescripción de seis años vulneraba el derecho de propiedad que la demandada había adquirido en atención al plazo de prescripción original de tres años. No obstante, tanto el Juzgado del Distrito como, posteriormente, la Corte de Apelacio-

88 Corte de Apelaciones del Noveno Circuito. Sentencia de 9 de diciembre de 2013. Caso Cassirer; United Jewish Federation de San Diego c. Fundación Thyssen-Bornemisza.

nes, entendieron que, para existir vulneración de la cláusula mencionada, la parte demandante debía demostrar ser propietaria del *Pissarro*. Si bien se alegaba la efectiva propiedad con base en las normas de prescripción tanto españolas como californianas, ambas instancias desestimaron las alegaciones. En el caso de las normas españolas, para demostrar que se había adquirido la propiedad por medio de la prescripción, todavía restaban por analizar elementos como la cadena de transmisión. Y, en el caso de los Estados Unidos, no existe la prescripción adquisitiva como tal y, de esta manera, la Corte de Apelaciones recordó⁸⁹ que el legislador del gobierno estatal sí puede modificar los plazos de prescripción⁹⁰.

Adicionalmente, la Fundación alegó, en primera y segunda instancia, vulneración de la Primera Enmienda —por limitación de la libertad de expresión—. Trató de argumentar que la modificación de 2011 era desfavorable a museos y galerías que exponían obras de arte públicamente, ya que la ampliación del plazo de prescripción afectaba a éstas, pero no a colecciones privadas. De esa manera, se limitaba potencialmente que los museos y galerías pudieran exponer públicamente. En ese sentido, las obras de arte expuestas en museos o galerías debían recibir la misma protección constitucional que aquéllas expuestas en colecciones privadas. Tanto el Juzgado del Distrito como la Corte de Apelaciones coincidieron en su valoración de esta alegación, desestimándola⁹¹. En ese sentido, y acudiendo a la normativa internacional, el Convenio de Unidroit, sí se aprecian diferencias de tratamiento atendiendo a la condición de las partes. Sin embargo, ninguna de esas diferencias permite la aplicación de plazos de prescripción dispares dependiendo de esa condición.

Tampoco se vio vulnerada, ni en primera ni en segunda instancia, la *Equal Protection Clause*. Se alegaba que museos y galerías sufrían, debido a la modificación de 2011, un tratamiento discriminatorio en relación con, entre otras, colecciones privadas, pues a éstas no afectaba la ampliación del plazo de prescripción de seis años, y sí a las primeras. El Juzgado del Distrito sostuvo que museos y galerías, en cuanto que expertos del mercado del arte, contaban con mayores recursos para averiguar el origen de las obras que exponían y que, por tanto, no podían ser sujeto de iguales exigencias que coleccionistas privados⁹². Este razonamiento se ajusta a la realidad del mercado del arte en cuanto que estas diferencias se aprecian no sólo en materia de restitución de bienes expoliados, sino también en la práctica de las compraventas ordinarias de bienes culturales. De hecho, el propio Convenio de Unidroit, precisamente en relación con la restitución de bienes culturales, hace alusión a los recursos con los que cuentan las partes a la hora de evaluar la diligencia debida con que debieron adquirir obras de arte. No obstante, sí es destacable que dichas exigencias quedan plasmadas en la ley estadounidense a partir de la reforma de 2011, lo cual plantea, una vez más, el problema de la irretroactividad. A la Fundación Thyssen-Bornemisza se le aplica esa mayor exigencia en virtud de esta modificación, cuando su actividad en relación con el *Pissarro* es anterior a la misma. Que profesionales del mercado deban asegurarse de la procedencia lícita de los bienes y, por tanto, se les exija una mayor diligencia, no es equiparable a que se les deba aplicar una norma de manera retroactiva, mientras que al resto de agentes no. Como ya

89 Fue en el caso *Chase Securities Corp c. Donaldson* donde el Tribunal Supremo de los Estados Unidos dictó que, en cuanto que un plazo de prescripción no haya atribuido la propiedad, dicho plazo podrá ser derogado o modificado.

90 Corte de Apelaciones del Noveno Circuito. Sentencia de 9 de diciembre de 2013. Caso *Cassirer; United Jewish Federation de San Diego c. Fundación Thyssen-Bornemisza*.

91 *Id.*

92 CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., «Inmunidad...» *op. cit. Supra* nota n.º 70: p. 94.

hemos mencionado, incluso el Convenio de Unidroit permite tratamientos diferenciados, pero no en lo referente a los plazos de prescripción. Si se exige una mayor diligencia a museos y casas de subastas, ésta es en el ámbito de su actuación, pero no implica el deber de soportar cargas adicionales que no dependen de su propia actividad. En cuanto a Derecho Internacional, uno de los principios generales del mismo es la irretroactividad de las disposiciones, que se fundamenta en la necesidad de seguridad jurídica, consagrado formalmente en el art. 28 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Se devolvieron así las actuaciones al Juzgado del Distrito, si bien la parte demandada solicitó a la Corte la revisión de este fallo, revisión que fue denegada en febrero de 2014.

3.2.3. Ley aplicable

Por medio de sentencia de 4 de junio de 2015, el Juzgado del Distrito decidió sobre qué ley resultaba de aplicación al litigio. Ello sería decisivo, puesto que la aplicación de la normativa española —*lex rei sitae*— en defecto de la del Estado de California —*lex fori*— o viceversa arrojaría resultados opuestos. Claude Cassirer había acudido inicialmente a los tribunales californianos con la intención de que se aplicara la *lex fori*, que no contempla la adquisición de la propiedad por usucapión. Para alcanzar una solución, el Juzgado debía, en primer lugar, dilucidar qué norma de conflicto —al tratarse de un asunto internacional— emplear, la californiana o la federal. Una vez resuelta la disyuntiva, determinaría la ley aplicable.

A modo de apunte, cabe destacar que, mientras que en el *Civil Law* prima la seguridad jurídica y se facilita la previsibilidad sobre qué norma será aplicable a cada litigio, el *Common Law* aplicable en los Estados Unidos hace recaer esta decisión sobre el Juez, generando inseguridad jurídica. Y, precisamente en el país norteamericano, la existencia de distintos derechos estatales, más allá del federal, permite que sea el demandado quien elija a qué tribunales acudir en previsión del que pudiera ser más favorable a sus intereses —*forum shopping*—. En consecuencia, un mismo litigio podría acabar de maneras completamente opuestas dependiendo del Estado ante el que se inicie el procedimiento⁹³. Además, hay una tendencia en Estados Unidos de aplicar la *lex fori* cuando ésta tiene un mínimo de vinculación con la disputa —en este caso, el demandante residía en California y la *lex fori* es la californiana—⁹⁴, desplazando a la normativa federal. Por otra parte, el rumbo que ha tomado los Estados Unidos en comparación con la Unión Europea es divergente en cuanto a la cuestión de la ley aplicable. Mientras que en la Unión Europea se ha armonizado el asunto por medio del Reglamento 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo —Roma II— para el caso de obligaciones extracontractuales, el Derecho Internacional privado en Estados Unidos se ha forjado en base a relaciones interestatales en lugar de internacionales. En consecuencia, los sistemas que regulan la ley aplicable para el caso de los Estados miembros de la Unión Europea y de los Estados Unidos tienen similitudes, pero también pueden arrojar resultados diferentes, máxime considerando que el sistema federal estadounidense permite la adopción de criterios opuestos en los distintos estados⁹⁵.

93 RODRÍGUEZ PINEAU, E., «¿Retener o retornar? Reflexiones sobre la solución material del asunto Cassirer c. Fundación Thyssen-Bornemisza», *Holocausto y bienes culturales* (eds. PÉREZ-PRAT DURBÁN, L.; FERNÁNDEZ ARRIBAS, G.), Publicaciones UHU, España, 2019; p. 185.

94 DE MIGUEL ASENSIO, P. A., «Conflictos de leyes e integración jurídica: Estados Unidos y la Unión Europea», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2005; pp. 43 a 102.

95 *Id.*

A. Normas de conflicto

Las dos normas de conflicto mencionadas eran, por un lado, la *Governmental Interest Test* —norma californiana— y, por otro lado, la *Restatement Second of Conflict of Laws* —norma de carácter federal—. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte de Apelaciones, en casos en los que es la Ley de Inmidades de Soberanías Extranjeras de 1976 —empleada para resolver la cuestión de la jurisdicción en este caso— la que se aplica al caso, se debería atender a la normativa federal⁹⁶. No obstante, el Juzgado del Distrito estudió qué solución arrojaba cada una de las dos normas de conflicto. La conclusión alcanzada fue que, de acuerdo con ambas, era de aplicación la ley española⁹⁷.

La *Governmental Interest Test* evalúa cuál de las normas aplicables resulta más razonable aplicar a cada asunto y qué interés se podría ver más perjudicado de aplicar una norma u otra⁹⁸ teniendo en cuenta tres criterios: las soluciones que arrojarían las normas californianas y las españolas, la existencia o no de un conflicto entre ambas normas, y qué ordenamiento se vería más perjudicado en el caso de existir dicho conflicto⁹⁹. En primer lugar, se concluyó que la aplicación de las dos leyes posibles no alcanzaba soluciones similares, dada la disparidad entre la ley española y la californiana en la regulación de la usucapión. El art. 1955 del Código Civil español admite la prescripción adquisitiva, mientras que en California no se permite¹⁰⁰. En segundo lugar, el Juzgado constató la existencia de un conflicto entre las normas y que, además, cada una de las dos jurisdicciones tenía interés en que se aplicara su propia ley. La jurisdicción española pretendía que se estimaran las reglas sobre usucapión como salvaguarda de la seguridad jurídica y la protección al tercero de buena fe, mientras que la californiana solicitaba la protección del legítimo propietario del cuadro. Por último, el Juzgado aseveró que el ordenamiento español sufriría un mayor perjuicio en caso de fallar en favor de la ley californiana, ya que dicho fallo respondería únicamente a la decisión unilateral de los descendientes de Lily Cassirer de residir en el Estado de California. En cambio, el ordenamiento californiano sufriría un menor menoscabo en caso de aplicar la ley española, teniendo en cuenta que el legítimo propietario ni si quiera residía en California, que el cuadro se ubicaba en España y que la parte demandada residía asimismo en España. Reforzaba esta valoración el hecho de que la norma californiana, si bien no prevé la figura de la usucapión, tampoco la prohíbe mientras que la española sí la regula con claridad. No obstante, esta argumentación se basa principalmente en el carácter fortuito de la elección de residencia de la familia Cassirer. Carlos Manuel Vázquez argumenta que ese mismo razonamiento debería ser aplicado a la parte contraria. Es decir, que el interés de España también es de carácter fortuito, ya que la permanencia del bien en España se debe a la decisión fortuita del Barón Thyssen de ubicar su colección en un Museo de nueva creación en Madrid, pero que bien podía haber sido en cualquier otro país, en cuyo caso sería un Estado distinto el interesado¹⁰¹. Siguiendo esta interpretación, la ley californiana y la española sufrirían un perjuicio similar y, por lo tanto, la decisión sobre la ley aplicable tendría difícil solución. Para resolver disyun-

96 RODRÍGUEZ PINEAU, E., «¿Retener...» *op. Cit. Supra* nota n.º 93; p. 186.

97 *Id.*

98 *Id.*

99 *Id.*

100 DÍEZ SOTO, C. M., «Cassirer v. Fundación...» *op. Cit. Supra* nota n.º 55; p. 387.

101 VÁZQUEZ, C. M., «Cassirer on remand: considering the laws of other interested states», *Transnational Litigation Blog*, 2023 (consultado en agosto de 2023 en <https://conflictoflaws.net/2023/cassirer-on-remand-considering-the-laws-of-other-interested-states/>).

tivas como ésta, académicos proponen¹⁰², para el caso de bienes culturales expoliados, la aplicación de la ley del lugar donde el bien fue robado. En este caso, se trataría de la ley del Estado alemán —que, como España, sí prevé la figura de la usucapión con un plazo de 10 años mediante posesión de buena fe—¹⁰³.

Por otro lado, la *Restatement Second of Conflict of Laws* determina que la ley que deberá aplicarse en cada caso será aquella que tenga la *most significant relationship* entre el bien —el *Pissarro* en este caso— y las partes —familia Cassirer, por un lado, y Estado español y Fundación Thyssen-Bornemisza por otro—. En aplicación de esta norma de conflicto, el Juzgado del Distrito entendió que la ley aplicable era la *lex rei sitae* puesto que, más allá de encontrarse el objeto en España, la transmisión de la propiedad del mismo a la parte demandada había tenido lugar en territorio español¹⁰⁴. En cambio, la vinculación del bien con el Estado de California era, únicamente, que Claude Cassirer había residido allí.

Del análisis de ambas normas, por tanto, resulta la aplicabilidad de la ley española en detrimento de la californiana, es decir, la *lex rei sitae*. De tratar el asunto en base a Roma II, sin embargo, el resultado alcanzado sería distinto, asemejándose a la mencionada propuesta por parte de académicos, que pugnan por la aplicación de la ley alemana. En el caso del Derecho Internacional privado que impera en el ámbito comunitario, la ley aplicable al caso hubiera sido, en efecto, la alemana, puesto que es la del lugar en el que se produjo el daño —a saber, en este caso, el expolio del *Pissarro* a la familia Cassirer—. En cualquier caso, Roma II no es de aplicación a los juzgados y tribunales de los Estados Unidos e, incluso, tampoco lo sería al caso ya que el propio texto excluye su aplicabilidad en asuntos en que un Estado incurra en responsabilidad por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad —*acta iure imperii*— lo cual, como hemos visto, ocurre en este caso —o así debía haber sido interpretado por el juez norteamericano en cumplimiento de la normativa internacional—.

B. Sobre la figura de la usucapión

A raíz del estudio de ambas normas de conflicto —las cuales arrojaron la misma solución—, el Juzgado del Distrito dictó que era de aplicación al litigio la ley española, entrando a resolver, al mismo tiempo, si la regulación de la usucapión avalaba la legítima propiedad de la obra por parte de la Fundación y cuál era la interpretación que debía darse al art. 1956 del Código Civil español. Por un lado, el art. 1955 CC establece que la usucapión tendrá lugar por la posesión ininterrumpida durante tres años y con buena fe —o seis años con mala fe—. Es decir, si la Fundación cumpliera con estos tres requisitos, sería legítima propietaria del *Pissarro* de acuerdo con la ley española y, por lo tanto, a ojos del Juzgado del Distrito. En primer lugar, la Fundación poseyó la obra en concepto de dueño, habiéndolo expuesto y celebrado contratos de préstamo con otras instituciones, manifestando al exterior su dominio. Además, dicha posesión había sido pública, pacífica y no interrumpida, habiendo expuesto el cuadro de manera pública y no haber habido litigio alguno sobre el *Pissarro*. En cuanto a los plazos, el Juzgado constató que había corrido tanto el plazo de tres años con buena fe como el de 6 años sin ella.

102 SYMEONIDES, S. C., «A choice-of-Law rule for conflicts involving stolen cultural property», *Vanderbilt Journal of Transitional Law*, volume 38, n.º 4, 2005.

103 VÁZQUEZ, C. M., «Cassirer...» *op. Cit. Supra* nota n.º 101.

104 RODRÍGUEZ PINEAU, E., «¿Retener...» *op. Cit. Supra* nota n.º 93; p. 186.

Por otro lado, el art. 1956 CC proscribía la usucapión de bienes muebles hurtadas o robadas por aquéllos que las robaron o hurtaron, ni por sus cómplices o encubridores cuando no ha prescrito el delito o falta o la acción de responsabilidad civil. La familia Cassirer trajo a colación este precepto, alegando que la Fundación había actuado como encubridora de un delito contra la propiedad. No obstante, el Juzgado del Distrito rechazó esta pretensión ya que, si bien ambas partes entendían que se encontraban ante un delito contra la propiedad que no había prescrito —al haber tenido lugar en contexto de conflicto armado—, el Código Penal español no considera a la demandada como criminalmente responsable en concepto de encubridora, al no haber aportado la parte demandante prueba alguna de que la Fundación hubiese ocultado instrumentos o pruebas del delito que corroborasen su conocimiento del mismo.

Entonces, la parte demandante trató de invalidar la legalidad de la figura de la usucapión española en el entendimiento de que ésta vulneraba el Protocolo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 —del que España es parte—. De aceptar el juez este razonamiento y, por tanto, admitir que la prescripción adquisitiva en su versión española violara los derechos humanos, se inhabilitaría la posibilidad de que la parte demandada hubiera usucapido el *Pissarro*. Su art. 1 plasma el derecho de toda persona física o moral al respeto de sus bienes, y a no ser privado de ellos si no por causa de utilidad pública y en respeto de la Ley y los principios generales del Derecho Internacional. No obstante, el mismo artículo, en su apartado tercero, permite que el derecho al respeto de los bienes privados se entienda sin perjuicio de que cada Estado tenga la facultad de promulgar las leyes necesarias para regular el uso de los bienes de acuerdo con el interés general.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos aclaró, por medio del caso *Pye* —relativo a la conformidad de la usucapión inglesa con el art. 1—, que las tres reglas contenidas en el artículo están conectadas entre sí y que se deben interpretar atendiendo a un equilibrio justo entre el interés general y las exigencias de protección de los derechos fundamentales, a la vez que debe existir proporcionalidad entre las «leyes» que se pongan en vigor y los fines que se pretendan perseguir, contando los Estados con un amplio margen de apreciación¹⁰⁵. En el asunto *Pye*, el Tribunal consideró que la usucapión inglesa no vulneraba el derecho de propiedad del art. 1, al perseguir un objetivo legítimo de interés general, haber proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido, y acertar en el equilibrio entre el interés general y la protección de los derechos fundamentales¹⁰⁶.

En el caso español, es el art. 33 de la Constitución Española de 1978 la que plasma el derecho a la propiedad privada y el 53.1 del mismo texto el que establece el ejercicio de este derecho lo regularán las leyes, en respeto siempre de su contenido esencial. Así, la tan cuestionada figura de la usucapión, regulada en el Código Civil, se corresponde con ese apartado tercero del art. 1 del mencionado Convenio. Es decir, el ordenamiento español incluye el respeto a los bienes de toda persona —al obligar la Constitución al respeto del contenido esencial del derecho a la propiedad— y, asimismo, ejerce su facultad de introducir leyes que regulan la usucapión, necesarias para regular el uso de los bienes de acuerdo con el interés general —la seguridad jurídica, seguridad de los títulos, protección frente a reclamaciones extemporáneas...— Además, se trata de una figura de aplicación general que cuenta con un

105 Díez SOTO, C. M., «Cassirer v. Fundación...» *op. Cit. Supra* nota n.º 55; p. 395.

106 *Ibid.*, p. 396.

amplio periodo de vigencia¹⁰⁷. En conclusión, la normativa española no vulnera el Convenio en lo que al respeto a los bienes de toda persona se refiere.

C. Fallo y reapertura del caso

Así, el Juzgado del Distrito falló en favor de la legítima propiedad del *Pissarro* por parte de la Fundación, desestimando las pretensiones de la parte demandante. La familia Cassirer recurrió esta decisión ante el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito que, en 2017, confirmó la aplicabilidad de la ley española. No obstante, en este recurso se personaron como interesados la Comunidad Judía de Madrid y la Federación de Comunidades Judías de España, y se introdujo el argumento de que la Fundación Thyssen-Bornemisza podría haber sido cómplice o encubridora de un delito contra la propiedad. En consecuencia, la Corte de Apelaciones ordenó al Juzgado del Distrito que examinara dicho argumento. Finalmente, y tras otro intento fallido por parte de la demandada de acudir al Tribunal Supremo, en 2019 el Juzgado del Distrito desestimó la demanda en su totalidad y declaró a la Fundación como legítima propietaria del *Pissarro*, si bien el Juez John F. Walker hizo alusión al deber moral de devolver la obra a la familia Cassirer. Asimismo, el Tribunal de Apelación de los Estados Unidos confirmó, en agosto de 2020, la legítima propiedad por parte de la Fundación Thyssen-Bornemisza.

No obstante, la familia Cassirer recurrió la decisión, alegando la aplicabilidad de la norma californiana, ante el Tribunal Supremo estadounidense que, el 21 de abril de 2022, y sin pronunciarse sobre el fondo del asunto, dictó la reapertura del caso ante la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito, esta vez en aplicación de las normas de conflicto californianas —*Governmental Interest Test*— en detrimento del *common law* federal —*Restatement Second of Conflict Law*—, lo cual implica la posible prevalencia de la ley californiana sobre la española. En su decisión, el Tribunal Supremo arguyó que, en el momento en el que se declara que un Estado carece de inmunidad de jurisdicción, éste debe quedar sujeto a las mismas reglas a las que quedaría sometido un ente privado. En este caso, un ente privado habría quedado sujeto a las normas de conflicto californianas. No obstante, la decisión del juez americano concerniente a la inmunidad de jurisdicción no es acorde al Derecho Internacional y, en consecuencia, esta argumentación es innecesaria ya que, de acuerdo con la normativa y la jurisprudencia internacional, sí debería ser posible oponer inmunidad de jurisdicción y no ser sometido a este proceso judicial.

De todos modos, y de acuerdo con el derecho del Estado de California, un tercero de buena fe no puede adquirir una obra a título de propietario cuando dicha obra fue previamente expoliada. A pesar de ello, el razonamiento es erróneo, puesto que, si bien la obra fue en su momento expoliada, dicho expolio también fue en su momento reparado, por medio de la indemnización que el Estado alemán entregó a Lily Cassirer y que, como hemos visto, por un lado se correspondía con el valor de mercado del *Pissarro* al momento de percibir la damnificada la indemnización, y por otro lado el Derecho Internacional reconoce la indemnización como una forma de extinción de la responsabilidad internacional y, consecuentemente, de reparación del daño. Es decir, si bien la obra fue expoliada, esto no debería ser tenido en cuenta por el Juez norteamericano a la hora de aplicar el derecho californiano, en cuanto que el daño producido por el expolio ya fue reparado. En consecuencia, nos encontramos ante un bien cultural que, atendiendo a las normas de Derecho Internacional, ya no está sujeto

107 *Id.*

al calificativo de «expoliado». Porque, en caso de que no entendamos que la indemnización repara el daño causado por el expolio y extingue la caracterización del bien como expoliado a efectos jurídicos, cabría la posibilidad de que el bien sea, *sine die*, un bien expoliado, con las consecuencias jurídicas que de ello derivan, e incluso en el caso en que la familia Cassirer recibiera, una vez más, una indemnización —por parte de España esta vez—.

Sin perjuicio de todo ello, la reapertura del caso por el Tribunal Supremo llevó a que, en mayo de 2023, la Corte de Apelaciones solicitara la ayuda de la Corte Suprema del Estado de California. En concreto, se preguntaba sobre la resolución del tercero de los criterios de la *Governmental Interest Test* —qué ordenamiento ser vería más perjudicado en el caso de existir conflicto entre la norma española y la californiana—. Con todo, la Corte Suprema californiana inadmitió el 9 de agosto de 2023 la solicitud de la Corte de Apelaciones, postergándose así, una vez más, la resolución del asunto Cassirer. En cualquier caso, se presenta la posibilidad de que, finalmente, las pretensiones de la familia Cassirer sean estimadas, lo cual presenta un cuarto problema jurídico: la normativa sobre ejecución de sentencias extranjeras, habida cuenta del carácter inalienable que la ley española otorga a los bienes culturales propiedad del Estado.

3.2.4. Normativa vigente en España e inmunidad de ejecución

Habiendo ordenado el Tribunal Supremo de los Estados Unidos la reapertura del caso por parte del Juzgado del Distrito puede que, finalmente, resulte de aplicación la normativa californiana en detrimento de la española y que, en consecuencia, la justicia norteamericana dicte la devolución del *Pissarro* a la familia Cassirer. No obstante, nos encontraríamos en ese momento ante varias disyuntivas: por un lado, la inmunidad de ejecución de los Estados y, por otra parte, la normativa vigente en España que, aun en el caso de que el Estado español decidiera devolver el cuadro, es contraria a la salida de cualquier bien cultural de titularidad estatal.

La Convención de las Naciones Unidas, en su art. 19, garantiza la inmunidad del Estado respecto de medidas coercitivas posteriores al fallo. En el caso que analizamos, España no se encontraría dentro de ninguno de los supuestos que el propio texto opone como excepción a dicha inmunidad ya que, por el momento, no ha consentido a ello, no ha asignado bienes a la satisfacción de la demanda y, como hemos visto, los actos con respecto del cuadro no son comerciales —es decir, que ni están a la venta, ni lo han estado, ni, en principio, lo estarán—. En este sentido, en el caso Alemania c. Italia, los tribunales italianos permitieron la ejecución de Villa Vigoni, de propiedad alemana, con el fin de indemnizar con ello a las víctimas del Estado alemán en 1944 y 1945. No obstante, la CIJ falló declarando la ilegalidad de dicha ejecución, al vulnerar la inmunidad de ejecución de Alemania. Además, recordó que, incluso en el caso en que un Estado no hubiera gozado de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otro Estado, ello no significaba que automáticamente tampoco pudiera gozar de inmunidad de ejecución como modo de hacer cumplir una sentencia condenatoria, ya que ambas inmunidades —de jurisdicción y de ejecución— responden a reglas y tratamientos distintos¹⁰⁸. En el caso de Alemania, la CIJ no permitió la ejecución de Villa Vigoni por ser, precisamente, un bien cultural. Como ya hemos mencionado anteriormente, la Convención da un tratamiento especial a los bienes pertenecientes al patrimonio cultural de un Estado. Por tanto, podemos deducir que, en el caso presente, tampoco cabría un procedimiento de ejecución contra

108 NEGRO, D., «La inmunidad...» *op. Cit. Supra* nota n.º 64; pp. 15 a 16.

España, aun cuando la justicia estadounidense fallare en favor de la familia Cassirer. Por añadidura, el Derecho Internacional no obliga a la entrega del cuadro en este caso, como hemos visto. En consecuencia, la respuesta que la CIJ habría de dar en caso de acudir España ante la corte, sería la misma que dio en el caso de Alemania c. Italia.

No obstante, la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado de 1954, mediante su Protocolo Primero, obliga a restituir bienes que, con motivo de conflicto bélico, hubieran sido saqueados. Es decir, sí existe obligación jurídica de devolver bienes culturales saqueados, pero, para casos en que el actual titular del bien es un tercero de buena fe —como sería el caso del Estado español y la Fundación en el asunto Cassirer—, en la restitución debe mediar indemnización por parte del Estado que debió impedir la salida del bien de su territorio. En este caso se trataría de Alemania que, por otra parte, ya indemnizó la sustracción del cuadro a Lily Cassirer de acuerdo con el valor de mercado del mismo¹⁰⁹. Como ya hemos visto en el apartado anterior, jurídicamente no parece existir un bien saqueado puesto que la reparación implica el final de la responsabilidad internacional.

Alcanzada esta conclusión y determinada la escasa probabilidad de que, incluso determinando los tribunales norteamericanos que España no es legítima propietaria del *Pissarro*, éste sea devuelto a la familia Cassirer por vía legal, habría que atender a potenciales alternativas. El Juez del Juzgado del Distrito de California, John F. Walker, aludió a la responsabilidad moral del Estado español de entregar el bien a quienes reclaman su propiedad, dada la suscripción por parte de España de los principios de Washington —y su posterior ratificación por medio de la declaración de Terezín—. Sin embargo, no resulta ajustado a derecho ni a la legalidad vigente —tanto interna española como internacional— exigir la devolución de un bien que es propiedad de un Estado soberano solamente en base a la suscripción de unos principios que, como ha sido mencionado anteriormente, no tienen fuerza vinculante y su único valor es político, no normativo. Es decir, el Juez estadounidense se arroga la capacidad de determinar qué es moralmente correcto, en vez de limitarse a aplicar la ley. Sobra decir que este llamamiento de Walker para que el Reino de España devuelva voluntariamente un bien de su propiedad, vulnerando por completo la normativa española, no tiene fuerza vinculante alguna. Pero sí es un elemento de presión que, además, puede influenciar la opinión pública y con ello potenciar que el Estado español decida favorablemente a los intereses de la familia Cassirer.

En ese caso, habría que analizar la normativa vigente en España. El art. 28.2 de la Ley del Patrimonio Histórico Español proscribe la enajenación de los bienes pertenecientes al patrimonio histórico español de titularidad estatal —con la excepción de transmisiones entre administraciones públicas—. Se reafirma esta idea de inalienabilidad de los bienes culturales pertenecientes al Estado español en el art. 29 de la misma ley cuando, en su apartado primero, establece que los bienes adquiridos tras una exportación ilegal son inalienables e imprescriptibles. El carácter inalienable e imprescriptible de los bienes culturales de titularidad estatal¹¹⁰ impide que la obra sea enajenada —salvo en beneficio de una administración

109 TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., «Las obras de arte del Estado y su inmunidad», *Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI)*, n.º 10, 2017; p. 406.

110 A modo de inciso, cabe destacar que, incluso aunque el bien en cuestión no fuera de titularidad estatal tampoco podría ser enajenado sin autorización previa por parte del Ministerio de Cultura. Se trata de una obra que, si bien no se encuentra inscrita en el Registro de Bienes Muebles de Interés Cultural, se ubica desde su adquisición en un inmueble —el Palacio de Villahermosa— que sí se encuentra en el Registro de Bienes Inmuebles de Interés Cultural desde el 19 de noviembre de 1993

pública— y, por lo tanto, que pueda ser devuelta a la familia Cassirer. Al tratarse el *Pissarro* de un bien de titularidad estatal, por tanto, no puede ser enajenado tal y como se encuentra redactada la norma actualmente.

Nos encontramos entonces ante la necesidad de rescatar las vías de actuación posibles. Por un lado, el Estado sí podría acceder a la salida temporal del bien, conforme al art. 31 LPHE, sujeto al plazo y garantías de exportación que la norma determina. Podría también, como prevé el art. 34, concertar con otro Estado —en este caso, Estados Unidos— la permuta del cuadro por otro de al menos igual valor o significado histórico. Ello, no obstante, precisaría de informe favorable de las Reales Academias de la Historia y de Bellas Artes de San Fernando y de la Junta de Calificación, Valoración y Exportación del Patrimonio Histórico Español. En ese caso, sería el Estado norteamericano el que tendría que acordar la donación o venta del bien a la familia Cassirer, así como decidir sobre la entrega de un bien cultural de igual valor al Estado español. No obstante, este escenario no parece probable pues, como se explica en apartados anteriores, España y Estados Unidos han venido negociando, vía diplomacia, la devolución del cuadro desde la interposición de la demanda en 2005. A pesar de ello, ninguna solución satisfactoria a la parte que reclama ha sido alcanzada hasta la fecha y, de hecho, los órganos diplomáticos españoles ya rechazaron la posibilidad de permutar el cuadro por otro bien cuando Estados Unidos ofreció entregar el tesoro hallado en la fragata Nuestra Señora de las Mercedes a cambio del *Pissarro*.

La LPHE no incluye ningún otro mecanismo que pudiera ser aplicable al caso y que pudiera resultar en la entrega del cuadro a la parte demandante. Por ello, quedarían dos últimas alternativas. Por un lado, se podría proceder a la modificación de la actual Ley del Patrimonio Histórico y, por otro lado, se podría seguir el ejemplo de Francia. La norma francesa que regula su patrimonio cultural prohíbe, al igual que la española, la enajenación de bienes de titularidad pública. En aras de facilitar la restitución de obras de arte expoliadas durante el nazismo, la Asamblea Nacional francesa ha votado recientemente la aprobación de una ley que permite dicha restitución, evitando así tener que aprobar decretos para cada caso concreto. La ley se refiere, exclusivamente, a bienes culturales expoliados entre el 30 de enero de 1933 y el 8 de mayo de 1945.

4. CONCLUSIONES

A lo largo del presente estudio se ha plasmado cómo el expolio de obras de arte llevado a cabo por el régimen nacionalsocialista alemán durante la Segunda Guerra Mundial continúa planteando obstáculos aún hoy en día. Son muchos los factores que dificultan la resolución del conflicto que se plantea ante una reclamación de propiedad de un bien cultural expoliado: la falta de una regulación armónica en materia de restitución a nivel internacional y la disparidad de soluciones posibles en los distintos Estados, el gran lapso entre los acontecimientos y la interposición de reclamaciones de propiedad por aquéllos desposeídos de sus bienes, la

—con código (R.I.) 51-0008318-00000—. En aplicación del art. 27 de la Ley del Patrimonio Histórico Español, un bien mueble será de interés cultural cuando se encuentre dentro de un inmueble que tenga tal consideración y que lo reconozca como parte esencial de su historia. Asimismo, el art. 60 determina que cualquier bien del patrimonio histórico destinado a un Museo estatal tendrá la consideración de bien de interés cultural.

legítima posesión que a día de hoy ostentan muchos de los actuales propietarios... Todo ello se materializa, en el caso Cassirer, en los problemas relativos a la inmunidad de jurisdicción, prescripción de la acción, ley aplicable e inmunidad de ejecución de los Estados.

La prescripción de la acción supone una importante barrera a la reclamación de bienes expoliados durante el nazismo, y presenta un dilema entre la ampliación de estos plazos, favoreciendo así que aquéllos cuyos objetos artísticos fueron saqueados puedan interponer exitosamente demandas de restitución, y la salvaguarda de la seguridad jurídica, respetando los plazos vigentes en cada momento y, cuando cada normativa así lo prevea, la adquisición por usucapión. Por su parte, la ley aplicable es un elemento crucial en la resolución de litigios como el relativo al *Pissarro*, teniendo en cuenta que la elección de una norma u otra puede derivar en resultados completamente opuestos. Esto se ve fomentado en sistemas como el norteamericano, en el cual es común la práctica del *forum shopping*, dada la variedad normativa de sus Estados. Quizá la comunidad internacional debería invertir esfuerzos en armonizar la cuestión y establecer normas de conflicto vinculantes para casos relativos al expolio nazi de obras de arte. Una vez más, no obstante, se observa el difícil equilibrio entre los intereses de una parte y de la otra, ya que esta medida beneficiaría a los actuales poseedores de bienes culturales saqueados, mientras que limitaría las posibilidades de éxito de quienes los reclaman.

En relación con la inmunidad de jurisdicción, debemos entender que el Derecho Internacional aboga por la aplicación de una teoría restrictiva, que permite acotar el privilegio de inmunidad imponiendo límites. Pero, como recuerda la CIJ por medio del caso Alemania c. Italia, entre los supuestos que no están sujetos a límites encontramos los actos del Estado en su capacidad soberana o los actos relativos a bienes de carácter cultural. Si bien estos supuestos entran en conflicto directo con los intereses —en muchos casos, legítimos— de propietarios desposeídos de sus bienes, y pueden imposibilitar el cumplimiento de normas de *ius cogens*, queda claro por medio de la normativa y de la jurisprudencia internacionales que se debe respetar este privilegio del que gozan los Estados, so pena de incurrir en un ilícito internacional. Y más aún cuando entran en juego bienes culturales, cuyo tratamiento es especial y más garantista para el Estado titular de los mismos. Sin embargo, tampoco sería de justicia que la inmunidad de los Estados imposibilitara cualquier intento de restitución de un bien cultural, pero se trata de un asunto de compleja solución, teniendo en cuenta, más allá de lo expuesto, la protección que los ordenamientos internos otorgan a los bienes artísticos de su titularidad.

En el supuesto analizado en este trabajo, y en vista de la disparidad entre la normativa estadounidense aplicada y la internacional, queda abierta la posibilidad de que el Estado español denuncie la vulneración de su inmunidad —de jurisdicción, por el momento— por parte de los Estados Unidos. En cualquier caso, y de no recurrir a esta vía, no parece que sea posible la devolución de un bien cultural de titularidad estatal, en vista de la vigente Ley del Patrimonio Histórico Español y las restricciones que ésta impone a la salida del territorio español de bienes de interés cultural o pertenecientes al Estado. Además, la CIJ ya se pronunció en Alemania c. Italia, protegiendo la inmunidad de ejecución de los Estados para el caso de bienes culturales.

Por el momento, entonces, no parece que los Estados estén dispuestos a modificar su normativa interna en pro de la restitución, aunque restan otras alternativas a nivel político, véanse los Principios de Washington. Pero esta alternativa presenta el problema de su nula

fuerza jurídica vinculante, que hace que, en casos en los que la parte a quien se reclame la restitución sea un tercero de buena fe, sólo sirva como elemento de presión. En el asunto Cassirer, los Principios de Washington han sido traídos a colación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, a modo de recordatorio al Estado español de su compromiso para con las víctimas del expolio nazi de obras de arte. Esto es relevante, no por su importancia normativa, que es inexistente, sino precisamente por la presión pública que puede llegar a ejercer; presión que, en cualquier caso, no sería sino reflejo de una deriva por la cual prima la imagen sobre la justicia.

Es necesario plantearse, en este sentido, si es justo exigir un determinado deber moral a quien ha actuado de buena fe y es ajeno a acontecimientos pasados. Lo cual no quiere decir que no deba o pueda haber cierto compromiso por parte de los Estados o de los particulares, pero, antes de afectar todavía más derechos, la solución debería pasar por normativizar y armonizar la resolución a conflictos de esta índole y evitar, por medios legales y no políticos o morales, que pueda haber soluciones completamente opuestas para un problema que tiene carácter internacional.

5. BIBLIOGRAFÍA

FUENTES ACADÉMICAS

- ADAM, P., *El arte del Tercer Reich*, Tusquets, Barcelona, 1992.
- ADELMAN, J., «Sovereign immunity: Ramifications of Altmann», *ILSA Journal of International & Comparative Law*, volume 11, 2004.
- ARP, B., «Dos males, un bien no hacen: el asunto Cassirer ante los tribunales estadounidenses y la inmunidad de jurisdicción de España», *REDI*, volumen 63, n.º 2, 2011.
- ARRANZ SANTOS, R., *Breve historia de la Antigua Grecia*, Ediciones Nowtilus, S. L., Madrid, 2019.
- AVITAL, C., «Looted art restitution», *Holocausto y bienes culturales* (eds. PÉREZ-PRAT DURBÁN, L.; FERNÁNDEZ ARRIBAS, G.), Publicaciones UHU, España, 2019.
- CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., «El caso o los casos Gurlitt», *Holocausto y bienes culturales* (eds. PÉREZ-PRAT DURBÁN, L.; FERNÁNDEZ ARRIBAS, G.), Publicaciones UHU, España, 2019.
- CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., «Inmunidad de jurisdicción y plazos de prescripción: el asunto Cassirer», *AFDUAM*, n.º 19, 2015.
- CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., «La protección internacional de los bienes culturales en tiempos de guerra», *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 3, 2004.

- CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., «El asunto del Nuestra Señora de las Mercedes (Odyssey)», *Revista electrónica de estudios internacionales* (ed. Universidad de Salamanca), n.º 17, 2009.
- CHOI, S., «The legal landscape of the international art market after Republic of Austria v. Altman», *Northwestern Journal of International Law & Business*, volumen 26, n.º 1, 2005.
- DE MIGUEL ASENSIO, P. A., «Conflictos de leyes e integración jurídica: Estados Unidos y la Unión Europea», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2005.
- DÍEZ SOTO, C. M., «Cassirer v. Fundación Thyssen: Adquisición por usucapión extraordinaria de obra de arte robada durante el Holocausto», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, volumen 8, n.º 2, 2016.
- FERNÁNDEZ ARRIBAS, G., «La inmunidad del Estado como límite a la restitución de los bienes expoliados durante el Holocausto», *Holocausto y bienes culturales* (eds. Pérez-Prat Durbán, L.; Fernández Arribas, G.), Publicaciones UHU, España, 2019.
- FIGUERAS NOGALES, A., «Restitución de arte robado durante el periodo nazi: el caso Bloch-Bauer», *La Albolafia: revista de humanidades y cultura* (ed. Universidad a Distancia de Madrid), n.º 20, 2020.
- FREEMAN, K., «Saving civilization: the Monuments Men in History and Memory», *Journal of Women's History* (Johns Hopkins University Press), volume 33, n.º 2, 2021.
- GOMBRICH, E. H., *La historia del arte*, Phaidon Press, Londres, 2011.
- HITLER, A., *Mein Kampf*, Jusego, Chile, 2003.
- MARCHÁN FIZ, S., «Fin de siglo y los primeros ismos del XX», *Summa Artis. Historia General del Arte* (ed. Espasa Calpe, S.A.), n.º XXXVIII, Madrid, 1994.
- MARTORELL, M., *El expolio nazi*, Galaxia Gutenberg, edición en formato digital, 2020.
- MATEU DE ROS, R., «Comentario de la sentencia del Tribunal del Distrito Central de California de 30 de abril de 2019: Caso Cassirer vs. Fundación Colección Thyssen-Bornemisza», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, 2019.
- MC ANDREW, C. *The art market 2023. A report by Art Basel & UBS*, Art Basel & UBS Basilea, 2023.
- NEGRO, D., «La inmunidad jurisdiccional de los Estados: el caso Alemania contra Italia - Corte Internacional de Justicia». *Agenda Internacional Año XIX*, n.º 30, 2012.
- PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., «Holocausto, bienes culturales y la acción normativa de la comunidad internacional», *Holocausto y bienes culturales* (eds. PÉREZ-PRAT DURBÁN, L.; FERNÁNDEZ ARRIBAS, G.), Publicaciones UHU, España, 2019.

- PÉREZ VAQUERO, C., «Los principios de Washington sobre arte confiscado por los nazis», *Quadernos de criminología: revista de criminología y ciencias forenses*, n.º 48, 2020.
- REYES MONCAYO, M. A., «La inmunidad jurisdiccional de los Estados: diferencias normativas y prácticas entre México y Estados Unidos», *Revista Mexicana de Política Exterior*, n.º 109, 2017.
- RODRÍGUEZ PINEAU, E., «¿Retener o retornar ? Reflexiones sobre la solución material del asunto Cassirer c. Fundación Thyssen-Bornemisza», *Holocausto y bienes culturales* (eds. PÉREZ-PRAT DURBÁN, L.; FERNÁNDEZ ARRIBAS, G.), Publicaciones UHU, España, 2019.
- RÚA JUNQUERA, M., «La destrucción del patrimonio material y el Estado islámico», *Cadernos de Derecho Actual*, n.º 10, Universidad de Santiago de Compostela, 2018.
- SALTARELLI, A., «Restitution of looted art in Europe: Few cases, many obstacles», *Revista La Propiedad Inmaterial*, n.º 25, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2018.
- SAN ROMÁN GUTIÉRREZ, L., «Tribunales competentes y ley aplicable a la restitución de obras de arte robadas», *Derecho del arte. Anuario Iberoamericano 2015* (ed. Fundación Profesor Uría), Civitas, Navarra, 2015.
- SCOVAZZI, T., «La restituzione di opere d'arte depredate durante la Seconda Guerra Mondiale: alcuni casi relativi all'Italia», *Holocausto y bienes culturales* (eds. PÉREZ-PRAT DURBÁN, L.; FERNÁNDEZ ARRIBAS, G.), Publicaciones UHU, España, 2019.
- SYMEONIDES, S. C., «A choice-of-Law rule for conflicts involving stolen cultural property», *Vanderbilt Journal of Transitional Law*, volume 38, n.º 4, 2005.
- TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., «Algunas reflexiones sobre el caso Cassirer c. Fundación Thyssen-Bornemisza desde el Derecho Internacional Público», *Holocausto y bienes culturales* (eds. PÉREZ-PRAT DURBÁN, L.; FERNÁNDEZ ARRIBAS, G.), Publicaciones UHU, España, 2019.
- TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., «Las consecuencias actuales de la privación ilícita de obras de arte en tiempos del nazismo y la inmunidad del Estado: el caso Cassirer», *Revista Tribuna Internacional*, Volumen 7, n.º 13, 2018.
- TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., «Las obras de arte del Estado y su inmunidad», *Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI)*, n.º 10, 2017.
- VÁZQUEZ, C. M., «Altmann v. Austria and the retroactivity of the Foreign Sovereign Immunities Act», *Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper*, n.º 12, 2005.
- VÁZQUEZ, C. M., «Cassirer on remand: considering the laws of other interested states», *Transnational Litigation Blog*, 2023 (consultado en agosto de 2023 en <https://conflictoflaws.net/2023/cassirer-on-remand-considering-the-laws-of-other-interested-states/>).

WEBB, P., «Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes», *Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas*, N.º 19, 2019.

FUENTES NORMATIVAS

Normativa española

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889).

Constitución española (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).

Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (BOE núm. 155, de 29 de junio de 1985).

Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (BOE núm. 24, de 28 de enero de 1986).

Normativa estadounidense

Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 (Public Law 94-583-October 21, 1976).

Holocaust Expropriated Art Recovery Act of 2016 (Public Law 114-308-December 16, 2016).

Normativa francesa

Loi num. 2022-218, du 21 février 2022, relative à la restitution ou la remise de certains biens culturels aux ayant droit de leurs propriétaires victimes de persécutions antisémites (JORF num. 44, du 22 février 2022).

Normativa europea

Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, del Consejo de Europa, de 4 de noviembre de 1950 (en vigor a partir del 3 de septiembre de 1953).

Reglamento 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, Roma II (DOUE núm. 199, de 31 de julio de 2007).

Directiva 2014/60, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, y por la que se modifica el Reglamento (UE) 1024/2012 (DOUE núm. 154, de 28 de mayo de 2014, páginas 1 a 10).

Normativa internacional

Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado y Reglamento para la Aplicación de la Convención, hecho en La Haya el 14 de mayo de 1954

Convenio de Unidroit sobre los Bienes Culturales Robados o Exportados Ilícitamente, hecho en Roma el 24 de junio de 1995.

Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, hecha en Nueva York el 2 de diciembre de 2004.

Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (Adoptado por la CDI en su 53º periodo de sesiones [A/56/10] y anexado por la Asamblea General en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001).

FUENTES JURISPRUDENCIALES

CIJ

Corte Internacional de Justicia. Sentencia de 3 de febrero de 2012. Caso Alemania c. Italia; Grecia.

TEDH

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 30 de agosto de 2007. Caso J.A. Pye Ltd; J.A. Pye Land Ltd c. Reino Unido.

Estados Unidos

Corte de Apelaciones del Noveno Circuito. Sentencia de 2009. Caso Von Saher c. Norton Simon Museum of Art at Pasadena.

Juzgado del Distrito Central de California. Sentencia de 30 de junio de 2006. Caso Cassirer c. Reino de España; Fundación Thyssen-Bornemisza.

Juzgado del Distrito Central de California. Sentencia de 24 de mayo de 2012. Caso Cassirer; United Jewish Federation de San Diego c. Fundación Thyssen-Bornemisza.

Corte de Apelaciones del Noveno Circuito. Sentencia de 9 de diciembre de 2013. Caso Cassirer; United Jewish Federation de San Diego c. Fundación Thyssen-Bornemisza.

Juzgado del Distrito Central de California. Sentencia de 30 de abril de 2019. Caso Cassirer c. Fundación Thyssen-Bornemisza.

Tribunal Supremo. Sentencia de 21 de abril de 2022. Caso Cassirer c. Fundación Thyssen-Bornemisza.

BASES PARA EL ESTUDIO DE LA LESIÓN DE DERECHOS DE PARTICULARES POR MEDIO DE OBRAS CREATIVAS EN DERECHO FRANCÉS

Antonio José Quesada Sánchez

Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Málaga

SUMARIO:

1. Introducción
2. La libertad de creación artística en Derecho francés: apuntes para una configuración
 - 2.1. La libertad de creación artística: configuración inicial
 - 2.2. La libertad de creación artística tras la reforma de 2016
3. La libertad de creación artística y los derechos de los terceros en Francia: base conceptual para un tratamiento adecuado
4. Bibliografía básica

1. INTRODUCCIÓN

Cuando se repasan las libertades reconocidas en el artículo 20 de la vigente Constitución española y se indaga en el tratamiento doctrinal y jurisprudencial dedicado a las mismas, a sus contenidos esenciales y a las posibles colisiones con otros derechos, es fácil deducir que se han estudiado, desde diversas perspectivas y con los más variados argumentos, los conflictos que pueden existir cuando se ejercitan libertades como la libertad de expresión o la libertad de información y se afecta, como consecuencia de dicho ejercicio, a derechos de los particulares tan íntimos como el derecho al honor o la intimidad personal o familiar. Las Sentencias, además, son abundantes y casi todos los matices de estas parcelas de estudio están bastante tratados, ya. Sin embargo, no se puede decir lo mismo cuando la libertad cuyo ejercicio provoca esa lesión del honor o de la intimidad es la libertad de creación. En estos supuestos, además, el modo de razonar no puede ser el mismo que en los dos casos anteriormente citados, pese al lazo de parentesco existente entre las tres libertades mencionadas.

La libertad de creación es una libertad necesitada de estudio y tratamiento, en general, y hemos intentado proporcionarlo, en la medida de nuestras posibilidades, en Derecho español:

era interesante centrarnos en su definición, su ubicación y contenido esencial (diferenciándola de otras libertades próximas, como las anteriormente citadas), en la fijación de sus límites naturales y en la determinación de posibles conflictos que esta libertad pudiera provocar con el honor o con la intimidad de otras personas¹.

Sin embargo, nuestras reflexiones sobre tan apasionante tema requerían un tratamiento comparado más sosegado y completo, para enriquecer nuestro trabajo y conocer qué sucedía en los principales países de nuestro entorno. Es por ello que hemos considerado oportuno profundizar en la situación existente en Italia² y, con este trabajo que ahora comenzamos, pretendemos comenzar a estudiar la situación de la cuestión en Derecho francés.

Cuando uno se aproxima a esta temática comienza descubriendo que Francia es tierra de colisiones famosas entre obras creativas y derechos de particulares. Por citar una relativamente reciente, que no la más relevante ni crucial, podríamos ilustrar nuestro tema de estudio con el lanzamiento de la novela «Yoga», de Emmanuel Carrère, en 2021. Novela cuyo proceso creativo e, incluso, su publicación, estuvieron salpicados por interesantes debates jurídicos que pasaban por atender a la obligatoriedad de no mencionar a su ex-esposa en la novela, como consecuencia de la aplicación de un contrato vigente entre ambos que permitía a esta negar su consentimiento a la publicación de un texto de Carrère por no considerar adecuado el contenido para su persona, o por reflexionar sobre cómo cualquier posible lesión en alguna obra creativa podía ser reconducida por los Tribunales de Justicia.

No es el único caso que ha existido en este país y que refleja la polémica que puede provocar el contenido de una obra creativa, como pudieron comprobar en su día Flaubert³ o Baudelaire, así como autores más próximos a nuestro tiempo, que reflejaron a personas reales en sus obras creativas y estas no quedaron satisfechas de dicho reflejo⁴.

No queda más remedio, por tanto, que hacer frente al tratamiento de estos apasionantes problemas jurídico-creativos, aunque no sea fácil conducirse en este ámbito. En este sentido, ya apuntó SIREDEY-GARNIER cómo no deja de ser incómodo, para un Juez, tener que entrar a razonar en este ámbito creativo⁵, ya que no puede convertirse tampoco en una especie de árbitro del buen gusto, un experto en géneros literarios o artísticos o un censor que actúa en nombre de un orden político, social o moral arbitrariamente definido y pretendidamente universal⁶. Pero su análisis debe ser jurídico, no creativo, y no le queda más remedio que entrar a valorar jurídicamente todas las circunstancias del concreto caso, para determinar si la obra

1 Vid., como trabajo de perfil generalista, QUESADA SÁNCHEZ, A. J.: «La libertad de creación: apuntes sobre una libertad relativamente desconocida», *Revista Jurídica del Notariado*, vol. 108-109, 2019, pp. 29-92.

2 QUESADA SÁNCHEZ, A. J.: «Anatomía de un proceso: la lesión de derechos de particulares por medio de obras creativas en derecho italiano antes del año 2003», *Actualidad Civil*, 2021-4, pp. 1-27.

3 VERNIORY, P.: «La liberté de création, entre censure et droit d'auteur», *Revista Romana de Drept al Afacelliror*, 2015, núm. 12, 2015, pp. 31-32.

4 Vid. la cita de supuestos polémicos en Francia, por todos, en LECLERC, H.: «Les docu-fictions: le respect de la vie privée et la liberté de création?», *Légicom*, núm. 48, 2012/1, pp. 105-107 y TRICOIRE, A.: «L'autonomie de la liberté de création?», *Légicom*, núm. 58, 2017/1, pp. 50-52.

5 SIREDEY-GARNIER, F.: «Le regard du juge de presse sur la liberté de création», *Légicom*, 2017/1, núm. 58, p. 65.

6 SIREDEY-GARNIER, F.: «Le regard du juge de presse...», cit., p. 69.

creativa en cuestión lesiona efectivamente los derechos de la persona concreta que se siente lesionada⁷.

Repasar la regulación legal, con interesantes novedades desde 2016, resultará esencial para conducirnos con corrección y no confundir la libertad de creación con la libertad de expresión y/o de información, a la hora de valorar posibles lesiones al honor o a intimidad (LECLERC ya se planteaba si la vida privada estaría más amenazada por la libertad de creación o por la libertad de información⁸). Es lo que pretendemos hacer en el presente trabajo: repasaremos a qué hacemos referencia exactamente cuando hablamos de libertad de creación, incidiendo en la regulación en Derecho francés (siempre sin perder de vista el punto de inflexión de 2016) y centrándonos, finalmente, en las posibles colisiones que podrían existir, de cara a estudiar los supuestos jurisprudenciales concretos en un trabajo futuro.

2. LA LIBERTAD DE CREACIÓN ARTÍSTICA EN DERECHO FRANCÉS: APUNTES PARA UNA CONFIGURACIÓN

Defiende PIGNARD que crear está en la naturaleza del ser humano⁹, algo con lo que no estamos totalmente de acuerdo, pues no todas las personas desarrollan su personalidad acudiendo a la actividad creativa (aunque sí sea cierto que la creatividad es una característica de la condición humana¹⁰). En realidad, estamos ante una libertad que, aunque en abstracto corresponda a cualquier persona, solo ejercitarán aquellas personas que consideren que mediante la actividad creativa desarrollan libremente su personalidad (es obvio: no todas las personas sienten inquietudes creativas)¹¹. El libre desarrollo de la personalidad es un principio general del derecho¹² que implica que la persona es dueña de su propio proyecto vital: puede decidir el contenido del mismo, cambiarlo o, incluso, no tenerlo¹³, sin que existan impedimentos (más allá de los límites generales como el respeto de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad de los demás, el respeto a la Ley y el respeto a los derechos de

7 SAUTERAUD, A. M.: «Bonne foi et Littérature: les limites de la liberté de création?», *Légicom*, núm. 50, 2013/2, pp. 49-50.

8 LECLERC, H.: «Les docu-fictions...», cit., p. 105.

9 PIGNARD, I.: *La liberté de création*, Université Nice Sophia Antipolis, 2013, p. 5.

10 DEDEU PASTOR, R.: «En defensa de la libertad de creación artística», *Actualidad Civil*, 2021-4, p. 2.

11 Sobre todo ello, *vid.* MINTEGUÍA ARREGUI, I.: *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución española de 1978*, UPV-Dykinson, 2006, p. 108; PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho de autor y su protección en el artículo 20,1,b) de la Constitución*, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 275-278 y QUESADA SÁNCHEZ, A. J.: «La libertad de creación: apuntes sobre una libertad relativamente desconocida», cit., pp. 31-33.

12 En este sentido, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, Civitas-Thomson Reuters, 2010, pp. 25-40.

13 ROBLES MORCHÓN, G.: «El libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la C. E.)», en GARCÍA SAN MIGUEL, J. (Coordinador): *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, Servicio de Publicaciones Universidad de Alcalá, 1995, pp. 48-49.

los demás¹⁴⁾¹⁵. Esto tiene una connotación positiva y otra negativa: «el aspecto positivo consiste en que la persona puede en principio hacer todo lo que desee en su vida y con su vida. Y el aspecto negativo consiste en que la sociedad civil y el Estado no pueden realizar intromisiones indebidas en la vida de la persona, siempre que ésta respete tanto los límites externos como internos»¹⁶. En este marco debemos ubicar a la libertad que estudiamos. Parece necesario recordar algunas **ideas genéricas sobre la definición, el contenido y los límites genéricos de la libertad de creación**¹⁷, antes de abordar cómo se configura en Derecho francés.

En lo relativo a la *definición*, no cabe duda de que el parentesco con la libertad de expresión es evidente, pero la libertad de creación es la manifestación en el plano artístico de ese deseo de expresar lo que uno quiere expresar, mediante una libertad diferente y autónoma, por tanto, ya que esa expresión se canaliza mediante una obra creativa (comprobaremos que la conexión, con el artículo 2 de la legislación de 2016 en la mano, es clara; KRAÏEM DRIDI llegó a apuntar, en su momento, que «la liberté de création n'est qu'une simple facette de la liberté d'expression»¹⁸). Libertad de creación que faculta para, desde la nada y gracias al talento artístico del autor, proceder a la realización de una creación original con interés creativo (texto literario, música, obra pictórica o escultórica, etc.) y que conecta inevitablemente con el derecho a la creación intelectual¹⁹.

El *contenido* de este derecho fundamental incluye tanto la libertad de efectiva creación del autor (la posibilidad de realización de un trabajo artístico o literario en libertad, trabajo original fruto del esfuerzo personal del creador, no científico ni fruto de una copia, imitación o traducción de otra obra) como el derecho de difusión de la obra creada²⁰ (básico para que la propia comunidad se beneficie de la actividad de sus creadores)²¹. Dentro de la primera de las facultades, la de crear efectivamente obras artísticas desde la nada, se incluyen tanto la libertad para elegir el tema, el contenido y las ideas que se pretenden exteriorizar, como la libertad para seleccionar la forma en que se lleve a cabo y plasme, conforme a la oportuna técnica creativa, siempre sin censura previa. Como se ha apuntado, con acierto, el artista «crea su

14 ROBLES MORCHÓN, G.: «El libre desarrollo de la personalidad...», cit., pp. 54-59. Sobre esos límites, con detalle, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *El principio de libre desarrollo de la personalidad...*, cit., pp. 45-122.

15 Ilustrada reflexión sobre el libre desarrollo de la personalidad, en general, en Derecho español, en SANTANA RAMOS, E. M.: «Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, 2014, pp. 99-113.

16 MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *El principio de libre desarrollo de la personalidad...*, cit., p. 132.

17 Sobre esta cuestión, en Derecho español, vid. QUESADA SÁNCHEZ, A. J.: «La libertad de creación: apuntes sobre una libertad relativamente desconocida», cit., pp. 38-52.

18 KRAÏEM DRIDI, M.: «La liberté de création culturelle», *Annuaire international de justice constitutionnelle* 29-2013, 2014, pp. 554. Vid. también HEINICH, N.: «Gaudreault-Desbiens Jean-Francois, La liberté d'expression entre l'art et le droit», 1996, *Droit et société*, núm. 38, 1998, pp. 157-162.

19 En este sentido, con detalle, GEORGE, J.: «L'Art et le Droit», *La Revue Administrative. Revue Bimestrielle de l'administration moderne*, num. 157, Janvier-Fevrier 1974, pp. 37-44.

20 VERDA Y BEAMONTE, J. R. DE: «Libertad de creación literaria y derecho a la intimidad», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 25, 2011, p. 139.

21 Interesante reflexión en MINTEGUÍA ARREGUI, I.: «El Arte ante el debido respeto a los sentimientos religiosos», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 11, 2006, pp. 2-22 y en MINTEGUÍA ARREGUI, I.: *Sentimientos religiosos...*, cit., pp. 126-135.

propio mundo, en mayor o menor medida, desconectado de la realidad»²². Se aspira a que el fruto del trabajo creativo del artista sea el proyectado por éste, que deberá razonar y conducirse artísticamente, atendiendo a cómo crea su propio mundo conforme a las reglas creativas oportunas. Desde el punto de vista creativo es importante destacar la relevancia de la libertad del creador para esta tarea, que afrontará con la profesionalidad que le sea propia, y además tiene derecho a que se reconozcan sus derechos oportunos de propiedad intelectual.

Por último, resulta esencial también adelantar ciertas ideas sobre los *límites* de esta libertad. No existen los derechos fundamentales absolutos, y el caso que nos ocupa tampoco lo es, aunque no siempre se tengan claros los límites. En España, por ejemplo, el apartado cuarto del artículo 20 de la Constitución vigente establece que las libertades citadas en él, entre ellas la libertad de creación, «tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». Habrá que interpretar cuándo una obra creativa traspasa o no esos límites, perfectamente utilizables en el Derecho francés (como veremos), como lo son en Derecho italiano, atendiendo a todas las circunstancias concurrentes en cada caso (conocimiento público de aquello que se puede considerar lesivo, armonía con la personalidad pública del interesado, lógica creativa, etc.)²³. No se puede acudir a los criterios utilizables en los casos de la libertad de expresión o de información, pues la lógica es diferente: no nos interesa que exista información veraz, por ejemplo, y la literaturización de la misma puede estar justificada. Si a ello unimos la tendencia a interpretar los límites a los derechos fundamentales de forma restrictiva, en la medida de lo posible, no cabe duda de que tenemos por delante una interesante y delicada tarea que implica valorar correctamente caso por caso²⁴.

Por otra parte, en ocasiones las dudas son bastante importantes cuando se puede entrar en colisión con sensibilidades políticas, sociales o religiosas ampliamente admitidas. Quizás tendremos que acudir, de alguna manera, a la doctrina de la «*posición preferente*», doctrina jurisprudencial de origen norteamericano que, empleada en el caso de las colisiones entre las libertades de expresión e información y los derechos al honor o a la intimidad, defiende la realización de una ponderación de intereses para decidir, en cada caso concreto y conforme a las peculiares circunstancias del supuesto, cuál debe prevalecer en ese concreto caso (sin fijar de modo apriorístico límites)²⁵. En realidad, estamos más ante una fórmula de aplicación

22 VERDA Y BEAMONTE, J. R. DE: *La protección del derecho a la intimidad frente a las indiscreciones literarias*, Cuadernos Aranzadi de Tribunal Constitucional, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, p. 85. En nota 1 analiza el argumento de la Sentencia BVerG 24-2-1973, en el que defiende que «la esencia de la actividad artística se encuentra en *la libre estructuración de la creatividad* que, intuitivamente, se da en las impresiones, experiencias y vivencias del artista; todas las actividades artísticas son una mezcla de procesos, conscientes e inconscientes, que no pueden separarse racionalmente; por ello, en el caso de creaciones artísticas, actúan conjuntamente la intuición, la fantasía y los conocimientos artísticos, precisando que no se trata de un mero hacer partícipe, sino, ante todo, de una expresión (sin duda, la más directa) de la personalidad individual del artista».

23 Sobre los límites, con detalle, *vid.* MINTEGUÍA ARREGUI, I.: *Sentimientos religiosos...*, cit., pp. 158-187 (teoría general) y 187-209 (límites fijados en el artículo 20 de la Constitución), y PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho de autor...*, cit., pp. 362-378. En Derecho francés, *vid.*, de entrada, VERNIORY, P.: «La liberté de création...», cit., pp. 31-32.

24 MINTEGUÍA ARREGUI, I.: *Sentimientos religiosos...*, cit., pp. 186-187.

25 Interesante resumen de la misma en MOLINER NAVARRO, R.: «El derecho al honor y su conflicto con

casuística que ante una definición teórica²⁶, y para concretar cómo llevar a cabo esa ponderación puede ser útil la sugerente Sentencia del Tribunal Supremo español 6-3-2013²⁷, que alude a la doble valoración del peso en abstracto y del peso relativo de cara uno de los derechos en conflicto. En la primera de las valoraciones debe destacarse cómo las libertades del artículo 20 de la Constitución española son esenciales para el correcto funcionamiento de un Estado democrático y la formación de una opinión pública libre, por lo que parece que deberían ser preferidas, mientras que en el segundo paso la clave residirá en atender a todas las circunstancias concurrentes en el caso.

Una vez ubicada de modo general, habrá que comprobar cómo se configura en Derecho francés esta libertad y cómo se resuelven las posibles colisiones que puedan existir.

No aparece recogida esta libertad en la Constitución francesa, a diferencia de lo que sucede en otros países de su entorno (como España, Alemania o Italia, por ejemplo), y no se puede tratar, hoy, la libertad de creación artística en Derecho francés sin atender a la Ley de 7 de julio de 2016, pues hay un antes y un después de la misma²⁸. El texto se inserta en la estela de dos históricas leyes, cuyas regulaciones comparten un interesante hilo conductor con la libertad de creación artística: en primer lugar, la Ley de 29 de julio de 1881, relativa a la libertad de prensa y, en segundo lugar, la Ley de 30 de septiembre de 1986, sobre libertad de comunicación²⁹.

Hasta entonces la libertad de creación artística había estado ausente del catálogo de derechos y libertades fundamentales reconocidos en Francia, a pesar de su evidente existencia y de sus conexiones con el derecho de autor³⁰, así como con la propia libertad de expresión, y pese a ser considerada «un derecho fundamental para toda sociedad democrática», como apuntara en su momento el propio Presidente François Hollande³¹. En palabras de MOURON, la Ley de 2016 colmaba una laguna de Derecho francés³², y alude expresamente a la consagración simbólica de esta libertad, con esta norma³³. Norma bastante completa, que llega

la libertad de expresión y el derecho a la información», en VERDA Y BEAMONTE, J. R. DE (Coordinador): *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, Thomson Aranzadi, 2007, pp. 48-51.

26 MOLINER NAVARRO, R.: «El derecho al honor y su conflicto con la libertad de expresión y el derecho a la información», cit., pp. 48-49.

27 RJ/2013/2925.

28 LOI n.º 2016-925 du 7 juillet relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine.

29 Sobre ello, MOURON, P.: «La liberté de création artistique au sens de la Loi du juillet 2016», *RDLF* 2017, chron. núm. 30, p. 1 y MONTAS, A.: «Le juge et la liberté de création artistique», *Les Cahiers de la Justice*, 2018/4, núm. 4, pp. 738-740.

30 BENABOU, V. L.: «Liberté de création, concurrence des droits et partage de la valeur», *Légicom*, núm. 58, 2017/1, pp. 75-83.

31 Lo recuerda TRICOIRE, A.: «L'autonomie de la liberté de création?», cit., p. 52.

32 MOURON, P.: «La liberté de création artistique...», cit. p. 2.

33 MOURON, P.: «La liberté de création artistique...», cit. pp. 4-6. MONTAS aludía a la «emancipación reciente» de esta libertad, en 2016 (MONTAS, A.: «Le juge et la liberté de création artistique», cit., p. 740; se ocupa con detalle del tema en pp. 741-745).

incluso a insertar en el Código Penal la obstrucción a la libertad de creación artística (artículo 431)³⁴. Lo repasaremos en su momento, más adelante³⁵.

PIGNARD apunta, certeramente, cómo la libertad de creación se invocaba confundida con la libertad de expresión, y así se beneficiaba de una protección legal inexistente en el caso de la creación³⁶ (algo que hoy sería inexacto, tras la aprobación del texto de 2016).

MOURON entendió que la libertad de creación podía ser concebida desde dos ópticas³⁷: como un derecho individual del artista creador y/o del intérprete y, por otra parte, como un derecho colectivo de las personas de tomar parte en la vida cultural.

No debemos olvidar, además de esta reforma legal citada, la **protección supranacional**: el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos alude al genérico «derecho a gozar de las artes»: «1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. / 2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora». El artículo 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 se refiere a la libertad de expresión, pero incluye a las obras creativas, como fruto de la expresión del artista, en general. Su apartado segundo establece que «el ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, *la protección de la reputación o de los derechos ajenos*, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial».

El artículo 15 del Pacto Internacional relativo a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966, establece, en su apartado primero, que «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: / a) Participar en la vida cultural; / b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; / c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora». El artículo 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, por su parte, encuadra a la libertad de creación artística en la libertad de expresión, al indicar que «Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de

34 No nos ocuparemos de ello, pero se puede encontrar un interesante tratamiento en LEPAGE A.: «Un nouveau délit d'entrave dans le Code Pénal: l'entrave à la liberté de la création artistique», *Légicom*, núm. 58, 2017/1, pp. 55-64.

35 Para indagar en el proceso de elaboración de la misma, y acceder a su tramitación parlamentaria (los diversos textos aprobados en cada momento, los trabajos de las comisiones oportunas, los debates llevados a cabo en las Cámaras y las sugerentes intervenciones de ciertos parlamentarios), *vid.* <https://www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000030857456/>

36 PIGNARD, I.: *La liberté de création*, cit., p. 432.

37 MOURON, P.: «La liberté de création artistique...», cit. p. 1.

fronteras, ya sea oralmente, por escrito o *en forma impresa o artística*, o por cualquier otro procedimiento de su elección».

Es el momento de adentrarnos, en el presente apartado, en el Derecho francés, para configurar la libertad de creación artística y asimilar la importancia de la reforma de 2016 en la configuración plena de dicha libertad. De ese modo podremos razonar adecuadamente en el próximo apartado, a la hora de valorar los posibles conflictos que puedan existir, en Francia, con respecto a derechos de terceros.

2.1. La libertad de creación artística: configuración inicial

En su momento hemos apuntado algunas ideas genéricas sobre la libertad de creación, pero es el momento de ocuparnos, de modo más concreto, de la misma en Derecho francés, siendo conscientes de la reforma esencial de 2016 y del reconocimiento expreso (hasta entonces, inexistente) que implica. En el Estudio de Impacto del Proyecto de Ley que luego acabó siendo Ley se calificaba al principio de la libertad de creación artística como un «problema mayor de nuestra democracia»³⁸, y en la Exposición de Motivos se es todavía más clarificador: «Alors que notre pays et notre continent traversent une crise de sens, nous avons plus que jamais besoin de réaffirmer notre attachement à la préservation du patrimoine comme au soutien aux artistes. La création d'aujourd'hui est le patrimoine de demain»³⁹.

En sentido estricto, el objeto de la libertad de creación consiste en la capacidad de materializar, sin restricciones, una o varias obras, de formas diversas, en el plano artístico⁴⁰. El proceso creativo puede ser descrito en torno a tres diversas etapas sucesivas⁴¹: la *idea*, previa a la concepción propiamente dicha; la *forma interna*, o concepción mental de la obra por el autor (es «obra del espíritu») y la *forma externa*, la expresión de la forma interna, que la revela materialmente. La libertad de creación, por tanto, implica dar el ser a algo (algo fruto de la imaginación del creador), y se conecta con la creación de obras culturales⁴², «expresión misma de la subjetividad»⁴³.

Ya hemos comprobado cómo la libertad de creación tiene límites⁴⁴, así como que podía chocar con otros derechos, y dicha colisión debía solucionarse atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto. Proteger la libertad de creación no significa inmunidad ni impunidad⁴⁵, y debemos recordar el respeto a la vida privada que, incluso, podemos deducir del

38 Vid documento, p. 11 (https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/Media/Files/autour-de-la-loi/legislatif-et-reglementaire/etudes-d-impact-des-lois/ei_art_39_2015/ei_liberte_creation_architecture_patrimoine_cm_08.07.2015.pdf).

39 https://www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000030857456/?detailType=EXPOSE_MOTIFS&detailId=.

40 MOURON, P.: «La liberté de création artistique...», cit. p. 2.

41 VERNIORY, P.: «La liberté de création...», cit., p. 45.

42 En este sentido, *vid.* KRAÏEM DRIDI, M.: «La liberté de création culturelle», cit., pp. 552-555.

43 SIREDEY-GARNIER, F.: «Le regard du juge de presse...», cit., p. 68.

44 En este sentido, KRAÏEM DRIDI recordaba límites tales como la cláusula general del orden público, la protección de la reputación de los demás o lo sagrado, ciñéndose al ámbito tunecino, (KRAÏEM DRIDI, M.: «La liberté de création culturelle», cit., pp. 559-562).

45 MOURON, P.: «La liberté de création artistique...», cit. pp. 5-6. *Vid.* también BONNAL, N.: «Les con-

artículo 9 del *Code Civil*. El artista, en su actividad creativa, puede insertar a personajes reales y reconocibles, pero ello puede plantear dudas y problemas: ciertas características, atribuidas a un personaje de ficción y no a una persona real, no plantearían problemas jurídicos algunos, pero si se atribuyen a personas reales hay que ser más cuidadoso, pues se puede vulnerar importantes derechos de personas reales⁴⁶. En todo caso, hay que ubicarlo todo en su justo término: el respeto a la vida privada de un particular no debe conducir a la prohibición abusiva de toda obra inspirada en una persona real, y hay que buscar el adecuado equilibrio razonando caso por caso⁴⁷.

De alguna manera, nos encontramos al Derecho, por tanto, como vigilante del arte: hay quien ha presentado al artista como a alguien peligroso, y se considera que socialmente debe ser controlado, algo que en ocasiones sucede como consecuencia de la existencia de una ideología que imponga verdades universales, o bien una moralidad colectiva⁴⁸. Tampoco es exacto: el artista, que «es una cigarra, es un hecho conocido: quien dice artista dice miseria»⁴⁹, no deja de ser Dios, cuando crea: pero si ese Dios crea su obra integrando a personas reales y reconocibles, debe tener cuidado con cómo crea, pues puede estar lesionando derechos ajenos de personas reales.

Es el momento de reflexionar sobre la libertad de creación teniendo en cuenta el punto de inflexión del año 2016. La Ley que repasaremos a continuación conllevó la autonomía conceptual de la libertad de creación artística frente a la libertad de expresión⁵⁰, algo hasta entonces inexistente en Derecho francés, aunque no cabe duda de que el parentesco la convierte en deudora de la libertad de expresión⁵¹ (esto se puede deducir del propio artículo 2 de la *Loi*; GEORGEL llegó a aludir literalmente a la «libertad de expresión del artista»⁵²).

2.2. La libertad de creación artística tras la reforma de 2016

Como ya se ha comentado, en Derecho francés hay un antes y un después de la aprobación de la *Loi n.º 2016-925 du 7 juillet 2016*⁵³. Esta norma, *relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine*, implica que cristalice el reconocimiento expreso (hasta entonces inexistente) de la libertad de creación en Derecho francés, y que provocaba que hasta

flits entre les droits de la personnalité et la liberté de création et d'illustration», *Légicom*, núm. 43, 2009/2, p. 24.

46 SIREDEY-GARNIER, F.: «Le regard du juge de presse...», cit., p. 69.

47 VERNIORY, P.: «La liberté de création...», cit., p. 39.

48 GEORGEL, J.: «L' Art et le Droit», cit., pp. 42-44.

49 GEORGEL, J.: «L' Art et le Droit», cit., p. 41.

50 En este sentido, *vid.* VERNIORY, P.: «La liberté de création...», cit., pp. 27-30 y MOURON, P.: «La liberté de création artistique...», cit. pp. 2-4.

51 MOURON, P.: «La liberté de création artistique...», cit. pp. 3-4. Después hablará, expresamente, de que no estamos más que ante una rama de la libertad de expresión (MOURON, P.: «La liberté de création artistique...», cit. pp. 5-6). *Vid.* también BONNAL, N.: «Les conflits entre les droits de la personnalité...», cit., pp. 23-28 y PIGNARD, I.: *La liberté de création*, cit., pp. 41-48.

52 GEORGEL, J.: «L'Art et le Droit», cit., p. 37.

53 Interesante descripción de la necesidad de dicha norma, y de la labor del Observatorio de la Libertad de Creación, creado en 2002, en TRICOIRE, A.: «Liberté de création: quelles menaces? Quelles avancées?», *Légicom*, núm. 46, 2015/1, pp. 3-9.

entonces se beneficiara de su proximidad con la libertad de expresión para encontrar una cobertura legal. La norma se divide en un Título I, que es el que nos interesa (Disposiciones relativas a la libertad de creación y a la creación artística: artículos 1 a 54), un Título II (sobre patrimonio cultural y promoción de la arquitectura: artículos 55 a 92), un Título III (sobre legitimación para legislar mediante *Ordonnance*: artículos 93 a 96) y un Título IV, que recoge disposiciones diversas, transitorias y finales (artículos 97 a 119). Parece razonable atender a los preceptos vertebrales de la misma.

El artículo 1 de la Ley establece que «La création artistique est libre»⁵⁴. Por ello, aunque el artista debe ser consciente de su responsabilidad como creador⁵⁵, la creación artística, como tal, es libre. El artículo 2, por su parte, establece que «La diffusion de la création artistique est libre. Elle s'exerce dans le respect des principes encadrant la liberté d'expression et conformément à la première partie du code de la propriété intellectuelle». Por tanto, no solamente es libre la creación artística, sino también la difusión de la misma, algo que resultará de interés tanto para el artista creador (que sin duda verá desarrollada su personalidad como artista de modo más pleno) como para la colectividad, que se podrá beneficiar de la actividad artística ajena. En la norma se diferencia, también, al artista amateur, que es toda persona que practica, individual o colectivamente una actividad artística a título no profesional y que no recibe remuneración por dicha práctica (vid. artículo 32).

El artículo 3, por su parte, incide en que «L'Etat, à travers ses services centraux et déconcentrés, les collectivités territoriales et leurs groupements ainsi que leurs établissements publics définissent et mettent en œuvre, dans le respect des droits culturels énoncés par la convention de l'Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles du 20 octobre 2005, une politique de service public construite en concertation avec les acteurs de la création artistique. / La politique en faveur de la création artistique poursuit les objectifs suivants». El Estado, por tanto, no es neutral frente a la actividad artística: debe proteger y promocionar la diversidad de expresiones culturales mediante una acción diseñada para ello, tal y como cabe deducir del apartado 1 del artículo 3 y del extenso artículo 5 o el artículo 31, entre otros.

A continuación, el artículo 3 incluye veintiún apartados en los que desgana los objetivos de la concreta política a favor de la creación artística que debe desplegarse. De entre dichos apartados, nos resultan especialmente interesantes el apartado cinco («Favoriser la liberté de choix des pratiques culturelles et des modes d'expression artistique»), el apartado doce («Soutenir les artistes, les auteurs, les professionnels, les personnes morales et les établissements de droit public ou de droit privé, bénéficiant ou non d'un label, qui interviennent dans les domaines de la création, de la production, de la diffusion, de l'enseignement artistique et de la recherche, de l'éducation artistique et culturelle, de l'éducation populaire et de la sensibilisation des publics et, à cet effet, s'assurer, dans l'octroi de subventions, du respect des droits sociaux et des droits de propriété intellectuelle des artistes et des auteurs»), el apartado diecisiete («Contribuer à la formation initiale et continue des professionnels de la création artistique, à la mise en place de dispositifs de reconversion professionnelle adaptés aux métiers

54 Sobre este artículo 1 y su elaboración, vid. TRICOIRE, A.: «L'autonomie de la liberté de création?», cit., pp. 52-53.

55 En este sentido, con especial profundidad, FOURLON, A. y KHALVADJIAN, B.: «Art, liberté, responsabilité. Exposé juridique d'une affaire de concessions», *Marges. Revue d'art contemporain*, 9, 2009, pp. 68-83.

artistiques ainsi qu'à des actions visant à la transmission des savoirs et savoir-faire au sein des et entre les générations») y el apartado veinte («Favoriser une juste rémunération des créateurs et un partage équitable de la valeur, notamment par la promotion du droit d'auteur et des droits voisins aux niveaux européen et international»).

3. LA LIBERTAD DE CREACIÓN ARTÍSTICA Y LOS DERECHOS DE LOS TERCEROS EN FRANCIA: BASE CONCEPTUAL PARA UN TRATAMIENTO ADECUADO

Que las obras creativas pueden lesionar el honor o la intimidad de las personas particulares es algo que ya hemos comprobado que sucede tanto en Derecho español como en Derecho italiano. En Derecho francés no iba a ser diferente, como es obvio, aunque como sucede en cada uno de los otros dos supuestos, presenta sus peculiaridades.

De hecho, en Francia no es tema novedoso, sino antiguo, y la cuestión ha pasado más recientemente por diferentes fases, que van desde la relativa restricción de comienzo de los años 80 del Siglo XX (y el tradicional respeto por la personalidad ajena) al mayor margen de maniobra concedido en posteriores Sentencias, siempre con los límites razonables (y razones de interés histórico para la divulgación deben ser muy tenidas en cuenta a la hora de razonar)⁵⁶. PIGNARD llega a recordar una frase muy indicativa de la filosofía subyacente durante un tiempo, y es la de que «une telle protection de la vie privée peut avoir pour conséquence de stériliser la création»⁵⁷.

Como recuerda BONNAL, el concepto de ficción es esencial para razonar, y debe ser tenido en cuenta por los tribunales, que tienen que resolver valorando caso por caso⁵⁸, atendiendo a todas las circunstancias concretas de cada uno para concluir qué interés debe ser protegido por encima del otro: la autoridad judicial no tendrá más remedio que apreciar cuál es, en cada caso, el interés más legítimo, más digno de protección de entre los que están en juego⁵⁹. En este sentido, el respeto por la vida privada de una persona claramente reconocible suele estar por encima de la libertad del creador para insertarle en una trama creativa y atribuirle una conducta, actitudes o vivencias concretas⁶⁰. Como apuntara PIGNARD, es clave buscar el equilibrio entre la libertad del creador y el derecho del tercero⁶¹, y en ocasiones puede existir un interés histórico o un interés general favorable que permita que la libertad de creación prevalezca sobre los derechos de terceros⁶².

56 Lo describe de modo ilustrado PIGNARD, I.: *La liberté de création*, cit., pp. 434-441.

57 PIGNARD, I.: *La liberté de création*, cit., p. 435.

58 También incide en ello, con especial interés, VERNIORY, P.: «La liberté de création...», cit., pp. 38-39.

59 BONNAL, N.: «Les conflits entre les droits de la personnalité...», cit., pp. 27-28. Aquello que VERNIORY denominara «pacte de fiction» (VERNIORY, P.: «La liberté de création...», cit., p. 34).

60 PIGNARD, I.: *La liberté de création*, cit., pp. 439-441.

61 PIGNARD, I.: *La liberté de création*, cit., pp. 432 y 434.

62 PIGNARD, I.: *La liberté de création*, cit., pp. 437-439. En el segundo caso ejemplifica con claridad

SAUTERAUD, por su parte, proponía una interesante e ilustrada **tripartición** entre libros de investigación (de «enquêtes»), libros de testimonios y libros de tipo ficcional, que son los que realmente nos interesan⁶³, y apunta la necesidad de aplicar en todos los casos (cada uno, atendiendo a sus peculiaridades) criterios de buena fe, y cómo es imprescindible tener en cuenta todas las características peculiares de cada caso concreto⁶⁴ (libro, canción u obra creativa de que se trate). En las Sentencias que cita (de la Sala 17ª del Tribunal de Gran Instancia de París) se reflexiona acerca de si una obra puede ser calificada como ficción o no (Sentencia 7-9-2011), sobre la autoficción (Sentencia 16-5-2012) o sobre la circunstancia de que una persona sea claramente identificable en una obra (Sentencias 7-2-2008 y 3-3-2011).

También es un dato a tener en cuenta, a la hora de razonar, que el lector pueda tener claro que está o no ante una obra de ficción, pues «aparezca claramente» ante sus ojos este dato⁶⁵.

Con los apuntes citados tenemos la **base conceptual necesaria para comenzar a estudiar los supuestos concretos resueltos por los tribunales franceses**. Será motivo de futuro trabajo de investigación por nuestra parte, pero nuestra intención de establecer, para dicha investigación de futuro, la base conceptual en el presente trabajo está plenamente cubierta.

4. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- BENABOU, V. L.: «Liberté de création, concurrence des droits et partage de la valeur», *Légicom*, núm. 58, 2017/1, pp. 75-83. Puede encontrarse en el siguiente enlace: <https://www-cairn-info.uma.debiblio.com/revue-legicom-2017-1-page-75.htm>.
- BONNAL, N.: «Les conflits entre les droits de la personnalité et la liberté de création et d'illustration», *Légicom*, núm. 43, 2009/2, pp. 23-28. Puede encontrarse en el siguiente enlace: <https://www-cairn-info.uma.debiblio.com/revue-legicom-2009-2-page-23.htm>.
- DEDEU PASTOR, R.: «En defensa de la libertad de creación artística», *Actualidad Civil*, 2021-4, pp. 1-6.
- FOURLON, A. y KHALVADJIAN, B.: «Art, liberté, responsabilité. Exposé juridique d'une affaire de concessions», *Marges. Revue d'art contemporain*, 9, 2009, pp. 68-83. Puede encontrarse en el siguiente enlace: <https://journals.openedition.org/marges/540>.
- GEORGEL, J.: «L'Art et le Droit», *La Revue Administrative. Revue Bimestrielle de l'administration moderne*, num. 157, Janvier-Fevrier 1974, pp. 37-44.

usando el caso del libro del médico de Mitterrand, que relataba la enfermedad del Presidente. Sin ser un ejemplo de libertad de creación de los que nos interesan, en sentido estricto, es útil a la hora de ilustrar sobre la cuestión.

63 SAUTERAUD, A. M.: «Bonne foi et Littérature...», cit., pp. 45-50.

64 SAUTERAUD, A. M.: «Bonne foi et Littérature...», cit., p. 50.

65 SAUTERAUD, A. M.: «Bonne foi et Littérature...», cit., p. 50.

- HEINICH, N.: «Gaudreault-Desbiens Jean-Francois, *La liberté d'expression entre l'art et le droit*», 1996, *Droit et société*, núm. 38, 1998, pp. 157-162. Puede encontrarse en el siguiente enlace: https://www.persee.fr/doc/dreso_0769-3362_1998_num_38_1_1746.
- KRAÏEM DRIDI, M.: «La liberté de création culturelle», *Annuaire international de justice constitutionnelle 29-2013*, 2014, pp. 551-566. Puede encontrarse en el siguiente enlace: https://www.persee.fr/doc/aijc_0995-3817_2014_num_29_2013_2195.
- LECLERC, H.: «Les docu-fictions: le respect de la vie privée et la liberté de création?», *Légicom*, núm. 48, 2012/1, pp. 105-110. Puede encontrarse en el siguiente enlace: <https://www--cairn--info.uma.debiblio.com/revue-legicom-2012-1-page-105.htm>.
- LEPAGE, A.: «Un nouveau délit d'entrave dans le Code Pénal: l'entrave à la liberté de la création artistique», *Légicom*, núm. 58, 2017/1, pp. 55-64. Puede encontrarse en el siguiente enlace: <https://www--cairn--info.uma.debiblio.com/revue-legicom-2017-1-page-55.htm>.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, Civitas-Thomson Reuters, 2010.
- MINTEGUÍA ARREGUI, I.: *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución española de 1978*, UPV-Dykinson, 2006.
- MINTEGUÍA ARREGUI, I.: «El Arte ante el debido respeto a los sentimientos religiosos», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 11, 2006, pp. 1-52.
- MOLINER NAVARRO, R.: «El derecho al honor y su conflicto con la libertad de expresión y el derecho a la información», en VERDA Y BEAMONTE, J. R. DE (Coordinador): *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, Thomson Aranzadi, 2007, pp. 21-53.
- MONTAS, A.: «Le juge et la liberté de création artistique», *Les Cahiers de la Justice*, 2018/4, núm. 4, pp. 735-751. Puede encontrarse en el siguiente enlace: <https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-de-la-justice-2018-4-page-735.htm#>.
- MOURON, P.: «La liberté de création artistique au sens de la Loi du juillet 2016», *RDLF 2017*, chron. núm. 30, pp. 1-8. Puede encontrarse en el siguiente enlace: <http://www.revuedlf.com/droit-fondamentaux/la-liberte-de-creation-artistique-au-sens-de-la-loi-du-7-juillet-2016/>.
- PIGNARD, I.: *La liberté de création*, Université Nice Sophia Antipolis, 2013. Puede encontrarse en el siguiente enlace: <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00868027/document>.
- PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho de autor y su protección en el artículo 20,1,b) de la Constitución*, Tirant lo Blanch, 1997.

- QUESADA SÁNCHEZ, A. J.: «La libertad de creación: apuntes sobre una libertad relativamente desconocida», *Revista Jurídica del Notariado*, vol. 108-109, 2019, pp. 29-92.
- QUESADA SÁNCHEZ, A. J.: «Anatomía de un proceso: la lesión de derechos de particulares por medio de obras creativas en derecho italiano antes del año 2003», *Actualidad Civil*, 2021-4, pp. 1-27.
- ROBLES MORCHÓN, G.: «El libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la C. E.)», en GARCÍA SAN MIGUEL, J. (Coordinador): *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, Servicio de Publicaciones Universidad de Alcalá, 1995, pp. 45-61.
- SANTANA RAMOS, E. M.: «Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, 2014, pp. 99-113. Puede encontrarse en el siguiente enlace: <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/3245/4053>.
- SAUTERAUD, A. M.: «Bonne foi et Littérature: les limites de la liberté de création?», *Légicom*, núm. 50, 2013/2, pp. 45-50. Puede encontrarse en el siguiente enlace: <https://www-cairn-info.uma.debiblio.com/revue-legicom-2013-2-page-45.htm>.
- SIREDEY-GARNIER, F.: «Le regard du juge de presse sur la liberté de création», *Légicom*, 2017/1, núm. 58, pp. 65-73. Puede encontrarse en el siguiente enlace: <https://www.cairn.info/revue-legicom-2017-1-page-65.html>.
- TRICOIRE, A.: «Liberté de création: quelles menaces? Quelles avancées?», *Légicom*, núm. 46, 2015/1, pp. 3-9. Puede encontrarse en el siguiente enlace: <https://www-cairn-info.uma.debiblio.com/revue-l-observatoire-2015-1-page-3.htm>
- TRICOIRE, A.: «L'autonomie de la liberté de création?», *Légicom*, núm. 58, 2017/1, pp. 49-53. Puede encontrarse en el siguiente enlace: <https://www.cairn.info/revue-legicom-2017-1-page-49.htm>
- VERDA Y BEAMONTE, J. R., DE: «Libertad de creación literaria y derecho a la intimidad», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 25, 2011, pp. 137-174.
- VERDA Y BEAMONTE, J. R., DE: *La protección del derecho a la intimidad frente a las indiscreciones literarias*, Cuadernos Aranzadi de Tribunal Constitucional, Thomson Reuters Aranzadi, 2012.
- VERNIORY, P.: «La liberté de création, entre censure et droit d'auteur», *Revista Romana de Drept al Afaceliror*, 2015, núm. 12, 2015, pp. 26-62.

ACOSO AL ESTADO DE DERECHO: LA INCENDIARIA LLAMA DE FOCEA

José Francisco Alenza García

Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad Pública de Navarra

RESUMEN:

La llama de Focea es una novela de Lorenzo Silva de la serie protagonizada por Bevilacqua y Chamorro. Su nuevo caso es el asesinato de una peregrina en el Camino de Santiago. La joven peregrina es hija de un expolítico y empresario catalán cuyo sentimiento independentista le ha llevado a relacionarse con peligrosos socios rusos, ávidos de dinero y, al mismo tiempo, deseosos de debilitar todo lo posible a la Unión Europea. Ello hace que Bevilacqua regrese a Cataluña donde estuvo destinado en los inicios de su carrera. Se va a encontrar con una Cataluña muy distinta a la que conoció. Con unos catalanes enfrentados y divididos por la ilusoria independencia propugnada por una clase política que ha llevado a las instituciones catalanas a un callejón sin salida. Bevilacqua también se va a reencontrar en Cataluña con los recuerdos de los inicios de su vida matrimonial y de una relación sentimental cuyas consecuencias todavía arrastra. Además de la investigación policial y de la revisión del independentismo catalán, la novela nos ofrece como lección la necesidad de conocernos y comprendernos para asumir los errores cometidos y la de conocer y comprender a los demás para sobrellevar las relaciones con los que piensan de manera diferente.

Este trabajo prestará atención a los aspectos jurídicos de la novela. En ellos cabe diferenciar los relacionados con la investigación del crimen a partir del cual se desenvuelve la acción, los relativos a las profesiones jurídicas que se reflejan en la trama, y las cuestiones jurídicas implicadas por el proceso independentista de Cataluña.

PALABRAS CLAVE:

Estado de Derecho, Estado de las Autonomías, democracia, Derecho constitucional, derechos del detenido, judicatura, abogacía.

SUMARIO:

1. Un crimen en el Camino de Santiago relacionado con el independentismo catalán
2. Un crimen sexual resuelto por el éxito de la investigación policial
3. Los protagonistas habituales y la estrella invitada: la delicada relación entre policías y jueces
 - 3.1. Una jueza con vocación
 - 3.2. Sospechosos habituales: los abogados

- 3.3. La necesidad de respetar el guión: el papel de los policías y el papel de los jueces
4. La derrota del independentismo radical e ilegal con el Estado de Derecho
 - 4.1. Un *procés* que ha discurrido al margen de la legalidad democrática
 - 4.2. Dos versiones catalanas del *procés*: la revolució del somriures y... el festival de los escraches
 - 4.3. ¿Apagando las hogueras u ocultándolas?
 - 4.4. El Derecho como instrumento y como víctima
5. «La llama de Focea»: una novela sobre la necesidad de conocernos, de comprendernos y de conocer y comprender a los demás
 - 5.1. Un Bevilacqua nostálgico que empieza a recorrer las últimas vueltas del camino
 - 5.2. Un recorrido por el catalanismo y la evolución de una parte del mismo hacia el independentismo
6. Bevilacqua senequista: el método estoico para alcanzar la felicidad
7. Bibliografía

1. UN CRIMEN EN EL CAMINO DE SANTIAGO RELACIONADO CON EL INDEPENDENTISMO CATALÁN

La llama de Focea es, por el momento, la última novela de la saga protagonizada por Bevilacqua y Chamorro¹. Lorenzo Silva pertenece a esa estirpe —extensa y creciente— de juristas que fueron capaces de abandonar las profesiones jurídicas por una completa dedicación a la literatura. Lorenzo Silva siempre deseó ser escritor profesional. Pero, antes de poder consagrarse a su vocación literaria, tuvo que completar sus estudios de Derecho y trabajar como abogado durante más de una década.

Hoy en día es uno de los escritores españoles más reconocidos, que ha cultivado todos los géneros literarios —ensayos literarios e históricos, poesía, relatos cortos, libros de viaje— y que ha destacado especialmente en el de la novela, siendo las más populares las novelas policíacas protagonizadas por Bevilacqua y Chamorro².

Su formación jurídica está latente en toda su obra. Una de las más importantes aportaciones de Lorenzo Silva —y que lo singulariza respecto a otros escritores juristas— es la pedagogía jurídica de sus novelas³. El personaje paradigmático de Lorenzo Silva —y protagonista del libro que aquí se va a comentar— es Rubén Bevilacqua, quien en una novela anterior, afirmó

1 SILVA, L., *La llama de Focea*, Ediciones Destino (Editorial Planeta), Madrid, 2022.

2 Esta serie está compuesta, hasta el momento, por trece libros (once novelas y dos libros de relatos). Su autor ha publicado otras novelas (más de treinta) y ensayos. Una visión completa de su obra puede verse en su web: <https://www.lorenzo-silva.com/>. Un estudio de la dimensión jurídica de trece de sus novelas puede verse en ALENZA GARCÍA, J. F. *et al.*, *El Derecho en la obra de Lorenzo Silva*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

3 Así se ha señalado en ALENZA GARCÍA, J. F., «Lo jurídico y los juristas en la obra de Lorenzo Silva», en *El Derecho en la obra de Lorenzo Silva*, cit., p. 353.

que «la ignorancia junto a la indiferencia, es la madre de casi todas las injusticias. Reducirla no es sólo una empresa pedagógica, sino un acto de higiene moral»⁴.

Lorenzo Silva destaca por su empeño en esa empresa pedagógica y de higiene moral tan compleja como es la de reducir la ignorancia jurídica de sus lectores. Una empresa que, en los tiempos que corren, es absolutamente necesaria ante el descrédito que sufren las instituciones públicas y, en general, el Estado de Derecho.

Ese descrédito surge, en ocasiones, de la ignorancia sobre los fundamentos más básicos de las reglas del juego democrático y sobre la íntima relación entre democracia y Derecho. Otras veces responde a los ataques deliberados de quienes pretenden sustituirlo por una especie de totalitarismo populista falsamente democrático. En cualquiera de los casos, la pedagogía jurídica que ofrece Lorenzo Silva en sus obras resulta imprescindible para mitigar los efectos devastadores tanto la ignorancia, como del totalitarismo.

El caso en torno al cual gira *La llama de Focea* es el asesinato de una joven peregrina en el camino de Santiago. La investigación policial requerirá ir más allá del entorno físico donde se ha cometido el crimen dado que la joven peregrina asesinada es hija de un expolítico y empresario catalán cuyo sentimiento independentista le ha llevado a relacionarse con peligrosos socios rusos, ávidos de obtener el máximo beneficio económico posible, al mismo tiempo que intentan debilitar a las instituciones y países miembros de la Unión Europea⁵. Bevilacqua tendrá que regresar a una Cataluña dividida, muy distinta de los años que pasó allí y donde cometió algún error sentimental cuyas consecuencias arrastra todavía.

Al igual que sucedía en la anterior novela de la saga (*El mal de Corcira*), se nos ofrecen dos novelas en una: por un lado, tenemos la típica de Bevilacqua en la que se investiga un crimen; y, por otro lado, disponemos de unos capítulos extra que, entrelazados con los vinculados al crimen, muestran episodios biográficos del pasado de Bevilacqua. Ahora bien, esos episodios se encuentran íntimamente ligados a los sucesos del presente. Es decir, que no son recuerdos fosilizados que se limitan a reflejar lo sucedido en un lejano tiempo, sino que sirven para entender mejor el caso que se investiga y, sobre todo, para conocer mejor al personaje protagonista.

En este artículo se prestará atención a los aspectos jurídicos de la novela que son, a mi juicio, de tres tipos: los relacionados con la investigación del crimen; los relativos a las profesiones jurídicas que se reflejan en la trama; y, por último, las cuestiones jurídicas implicadas en el proceso independentista de Cataluña.

4 SILVA, L., *Nadie vale más que otro*, Ediciones Destino, Madrid, 2004, p. 98.

5 En la novela, la prensa lo describe como «un empresario que hace mucho tiempo estuvo en política y que desde hace unos años simpatiza con el independentismo y ha sido muy activo en la búsqueda de apoyos y dinero para sostener el proceso de secesión». Ferran Bonmatí no es un empresario de raza, sino que se reconvirtió tras su paso por la política: «empezó en la política local (...) de ahí dio el lucrativo salto al partido y un cargo de confianza, que le permitió doblar el salario a cargo del contribuyente, y en los días previos a las olimpiadas del 92 se fue deslizado hacia la siguiente fase, la actividad empresarial ligada a contratos públicos (...) Se salió [del PSC] cuando vio que podía facturar muchos más euros gracias a las licitaciones que otorgaban otros» (SILVA, L., *El mal de Corcira*, cit., pp. 74-75).

2. UN CRIMEN SEXUAL RESUELTO POR EL ÉXITO DE LA INVESTIGACIÓN POLICIAL

Uno de los ingredientes esenciales de las novelas policíacas es la investigación criminal. Dentro de este género policíaco, las protagonizadas por Bevilacqua y Chamorro suelen calificarse como procedimentales, por el minucioso relato de los distintos actos que conforman la actividad investigadora. Debe advertirse que el procedimiento policial descrito por Lorenzo Silva se desarrolla siempre con arreglo a las previsiones legales de nuestro ordenamiento jurídico, frente a lo que sucede en algunas novelas criminales que no prestan atención a la regulación de las actuaciones policiales o se acogen a modelos legales de países muy alejados de nuestra realidad jurídica. Con ello, Lorenzo Silva aporta mayor verosimilitud a las actuaciones policiales de sus novelas y le diferencia de otros libros y películas en los que los policías toman decisiones que no les corresponden en nuestro Estado de Derecho⁶.

La investigación del asesinato de Queralt Bonmatí se ramifica desde el principio en dos líneas principales. Por un lado, la del peregrinaje de Queralt y las personas con las que se relacionó en el Camino; por otro lado, la conexión ruso-catalana del padre de la víctima. La primera vía es la más directa y adquiere mayor interés cuando se descubre que uno de los que la acompañaron durante unos días, Hernán, había mantenido relaciones sexuales con Queralt. La segunda se activa cuando se descubren los enfrentamientos y las tensiones existentes entre la víctima y su padre y, muy especialmente, cuando descubren que ella le amenazó con la revelación de ciertos secretos que podían incomodar a los contactos rusos de su padre.

Un tercer hilo del que tirar aparece cuando se identifica a la persona que había alquilado un coche que estuvo en el lugar del crimen. El nuevo sospechoso es Xosé Santórum con cargos por narcotraficante y que había sido confidente de la policía. Sin embargo, las sospechas regresan a la vía rusa cuando Santórum confiesa que el alquiler del coche lo había realizado por encargo de un ruso. El caso parece quedar resuelto cuando logran identificar como Mijaíl Beliéev a la persona con la que Queralt había tenido un altercado en Roncesvalles.

No obstante, las investigaciones que seguían haciéndose en Galicia aportan otro hilo del que tirar. Entre los teléfonos activos en la zona de Samos en la fecha del asesinato destacaba el perteneciente a una anciana con demencia que estaba ingresada en una residencia. La indagación policial descubrió que la anciana tenía un sobrino nieto con antecedentes por agresión sexual y que había desaparecido desde el mismo día del crimen.

El descubrimiento del posible autor material del asesinato no descartaba completamente la implicación de Mijaíl Beliéev en la muerte de Queralt. Es entonces cuando entra en escena Yuri, un curioso personaje de la mafia rusa que resulta ser un viejo conocido de Bevilacqua.

6 En la novela anterior, el propio Bevilacqua se refiere a esa frecuente incongruencia de los relatos de ficción: «Avisé a mi comandante y le propuse que sugiriera al coronel la conveniencia de mantener controlado a nuestro hombre hasta que tuviéramos armado el aparato incriminatorio contra él. En las películas y en las novelas el sabueso detiene primero y pregunta después; en la realidad de un Estado de derecho imperfecto, pero no tanto como para un imputado con alfileres no se pueda acabar sacudiendo el traje que tratas de hacerle, se detiene cuando existe una razonable certeza de que tienes munición para encerrarlo» (SILVA, L., *El mal de Corcira*, cit., p. 316).

Es Yuri quien revela a Rubén que Mijaíl no fue el asesino de Queralt sino que, actuando en legítima defensa, fue el verdugo de su asesino y violador⁷.

Al tirar de cada uno de esos hilos, los investigadores tienen buen cuidado en obtener las pruebas suficientes para convencer al jurado⁸ y de hacerlo con todas las garantías legales. Es decir que no les basta con descubrir la verdad de los hechos, sino que el objetivo final que persiguen es el de aportar las pruebas necesarias para desvirtuar en un juicio la presunción de inocencia⁹.

Como las pruebas tienen que ser obtenidas con todas las garantías legales, la novela detalla las cautelas que toman los guardias civiles para no vulnerar los derechos de los investigados. Por un lado, solicitan autorización judicial para las intervenciones telefónicas, para los movimientos de las cuentas bancarias y para el registro del domicilio del principal sospechoso, así como para la toma forzosa de muestras biológicas de los posibles implicados¹⁰. Por otro lado, la entrada en el domicilio y la detención de un sospechoso se realiza con la supervisión de una letrada de la Administración de Justicia¹¹. Y, por supuesto, los interrogatorios a los detenidos se realizan en presencia de sus abogados por más que ello pueda obstaculizar la rapidez y el éxito de las investigaciones policiales.

Como en todas las novelas de la serie de Bevilacqua, se advierte que el trabajo policial tiene que ser concienzudo y exhaustivo para poder presentar a la jueza un arsenal probatorio riguroso¹²:

-
- 7 Según Yuri, Mijaíl seguía de lejos a Queralt y presencié la agresión que terminó con su vida sin que pudiera hacer nada por evitarlo. Cuando llegó a la escena del crimen pudo desarmar al agresor «y acabar con él con su propio cuchillo en defensa propia» (SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 518). Bevilacqua entiende que el relato de Yuri es una versión interesada y que las cosas pudieron suceder de otra manera. El propio Yuri admite que en un juicio podría no admitirse la eximente de la legítima defensa (una vez desarmado el agresor es imposible admitirla) y es por ello que no declaró nada a la policía. Yuri decide contar extraoficialmente lo sucedido a Bevilacqua para que haga buen uso de la información y «reformule sus conclusiones» (*ibidem*, p. 520). Y es eso lo que terminará haciendo al no poder reunir ninguna prueba sobre la conexión de Mijaíl con el entorno de Bonmatí (*ibidem*, p. 533).
- 8 Especial interés tienen las pruebas de ADN que, según la experiencia de los investigadores, suele ser la decisiva. Al identificar al nuevo sospechoso, Bevilacqua teme que se pueda librar si no se confirma su participación con el descubrimiento de su ADN en el cuerpo de la víctima: «En el cuerpo de Queralt habrá ADN de Herrán. Como este tipo se las haya arreglado para no dejar un vestigio en la chica, lo llevamos crudo para que un jurado le cuelgue el asesinato. Para la gente y para más de un jurado el ADN ahora lo es todo: si no respalda la acusación, el jurado tomará el camino del medio, que es absolver» (SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., pp. 375-376).
- 9 Cuando identifican a Mijaíl y comprueban que aunque no tiene antecedentes es sospechoso de participar en una red de blanqueo de capitales, Bevilacqua advierte: «Por ahora esto sólo quiere decir que este hombre coincidió con Queralt aquí. Ahora nos queda probar que coincidió con ella también en Lugo, y alguna otra cosa que no va a ser nada fácil» (SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 421).
- 10 SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., pp. 427 y ss.
- 11 SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 458.
- 12 SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 423.

«Los días siguientes fueron de esos que no tienen mayor emoción, pero que en la investigación criminal resultan cruciales. Nos tocaba ajustar y ensamblar todas las piezas para tratar de poner en pie una narración consistente que a su vez pudiera fundamentar las decisiones que debía tomar otra persona».

Gracias al oficio y maestría de Silva, el relato de esas actuaciones se realiza de manera que sí generan emoción, intriga e interés en el lector.

3. LOS PROTAGONISTAS HABITUALES Y LA ESTRELLA INVITADA: LA DELICADA RELACIÓN ENTRE POLICÍAS Y JUECES

Jueces y abogados son coprotagonistas habituales en las novelas de la serie de Bevilacqua y Chamorro, porque son los responsables de que las investigaciones y las actuaciones limitativas de derechos se realicen con pleno respeto a los derechos fundamentales de los investigados —y, también, de las víctimas—, así como a las garantías procesales establecidas por la legislación. *La llama de Focea* no es una excepción y también se da protagonismo a una joven jueza de instrucción y al abogado de uno de los sospechosos, que tiene la particularidad de haber sido con anterioridad un alto magistrado de la judicatura.

3.1. Una jueza con vocación

En las investigaciones criminales los papeles se reparten entre la policía judicial, que realiza las actuaciones materiales, y el juzgado de instrucción, que dirige la investigación y vela por la corrección jurídica de la misma¹³. Bevilacqua tiene claro que es al juez al que le corresponde tomar las decisiones más decisivas, como la entrada en prisión de un sospechoso que todavía no ha sido juzgado¹⁴. Por ello, recuerda en ocasiones que, como dijo Napoleón, «el poder del juez de instrucción es el más grande que hay»¹⁵.

En esta novela la juez de instrucción destaca por su juventud, por su atuendo y hasta por su nombre de pila —se llama Jennifer Sagarra— que evidencia la llegada a la judicatura de

13 En la novela anterior de la saga, el juez de instrucción deja bien clara desde la primera entrevista con los guardias civiles que primordial regla que no deben olvidar es la siguiente: «ustedes investigan, pero el que dirige la investigación soy yo» (SILVA, L., *El mal de Corcira*, cit., p. 230).

14 Bevilacqua recuerda la lección que, en su primera época en Cataluña, le dio su sargento primero Robles: «Hemos metido a los autores materiales en la cárcel», dijo Vila y Robles le corrigió en los siguientes términos: «No te confundas. Los meterá el juez, si lo tiene a bien. Nosotros sólo somos lo que les ponemos a los de las togas las pruebas sobre la mesa. Son ellos los que a partir de ahí le quitan o le dan la libertad a la gente» (SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 250).

15 La frase la dice su amiga Carolina, que ha sido jueza de instrucción (y, por ello, también reconoce que el trabajo del juez de instrucción «es el más coñazo»), y Bevilacqua apostilla que la cita es de Napoleón (SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 116).

una generación mucho más joven que Bevilacqua¹⁶. Como suele suceder en las novelas de la saga, los celos iniciales sobre la titular del juzgado acaban desvaneciéndose para mostrarnos una juez preparada y comprometida con la alta misión que tiene encomendada. En esta ocasión, cuando el coronel Hermoso informa del caso a Bevilacqua expresa sus dudas por la solvencia de la jueza de Sarria debido a la crónica falta de medios con la que tiene que trabajar, así como a su falta de experiencia y formación¹⁷. Sin embargo, Bevilacqua recibe una llamada de la jueza Carolina, su amiga y amante ocasional, para pedirle que se muestre colaborador y respetuoso con la joven jueza, a la que conoce por haber sido su preparadora en las oposiciones. Le indica que «lleva un juzgado con mucho trabajo y pocos medios y Galicia es un sitio complicado». Sin embargo, esa inexperiencia lo compensa por ser «una juez vocacional. Cree en la justicia (...) No dejará de daros lo que os deba dar, ni de negaros lo que os deba negar para preservar los derechos de quien se tercié»¹⁸.

Bevilacqua y Chamorro podrán constatar la vocación de la jueza¹⁹ y su espíritu colaborador al no obstaculizar las medidas, debidamente motivadas, que los investigadores le irán solicitando.

De episodio en la novela se deduce que es preferible confiar en el estamento judicial antes que en el político. En una reunión de alto nivel, en la que se encuentra Bevilacqua con el general Pereira, el general Pérez y el coronel Hermoso, se desliza un comentario sobre la falta de diligencia judicial en la persecución de los políticos corruptos. A ello replica Pereira que aunque «no estaría mal que algunos le tuvieran más amor al trabajo, las leyes que aplican son las que les ponen en las manos los políticos, y aquí no parece interesarles que la justicia sea demasiado rápida ni eficaz». El coronel Hermoso asiente y confirma que se habían ido reduciendo los recursos de la lucha contra la corrupción, lo que unido a «algún beneficio penitenciario y algún indulto, nos trasladaba el mensaje de que no era necesario encarnizarse tanto con quienes mandaban. Por nuestra tenacidad, y gracias a la firmeza de algún juez, habían acabado calentando el banquillo y celda figuras señeras de todos los partidos, en un alarde de ejemplaridad que quizá había ido demasiado lejos»²⁰. Es decir que, según los altos jefes de la Guardia Civil, el poder judicial se ha mostrado firme contra la corrupción política y son circunstancias extrajudiciales las que han podido dificultar, debilitar o desalentar esa lucha.

En definitiva, siguiendo la línea trazada en la serie novelesca de Bevilacqua, se confirma que el estamento judicial es fiable y que cumple con sus altos deberes constitucionales garan-

16 La primera vez que Bevilacqua la ve en una casa humilde y con ropa juvenil piensa para sí mismo que la juez «habría podido pasar perfectamente por una inquilina de un colegio mayor» (SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 168).

17 «Está a cargo de un juzgado mixto, civil y penal, y va tan desbordada y tan escasa de recursos como es habitual en estos casos. Entre nosotros, me pareció un poco perdida: pasar de ocuparse de pleitos entre paisanos a un crimen con visibilidad mediática nacional me parece que le viene un poco grande» (SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 70).

18 SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 118.

19 Así sucede cuando les atiende a una hora intempestiva. Chamorro le afea a su compañero que invada el tiempo libre de la jueza. Vila le responde que «ha elegido ser la máxima autoridad penal de este partido judicial. Si quería tiempo libre, que hubiera echado el currículum a un súper». Y, efectivamente, la jueza contesta a su llamada, por lo que Bevilacqua remacha a su compañera: «¿Ves? ella sabe que no trabaja de cajera en un súper» (SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 167).

20 SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., pp. 75-76.

tizando los derechos y garantías de los sospechosos e investigados sin mermar la eficacia de la persecución de los delitos. No es de extrañar, por ello, que Bevilacqua manifieste en esta novela su reconocimiento al sistema de selección de la judicatura: «Admiro profundamente el sistema de selección de jueces en nuestro país. Por más que lo discutan sus detractores, sirve para llevar a los juzgados y tribunales a las personas más preparadas, ponderadas y juiciosas»²¹.

3.2. Sospechosos habituales: los abogados

Si los jueces aparecen en las novelas de Bevilacqua como comprometidos con su vocación y su misión de aplicar la ley para alcanzar en la medida de lo posible la justicia, los abogados son objeto de una mirada implacablemente crítica. No se trata de que sean vistos por los policías como un obstáculo a sus investigaciones ya que, en el fondo, Bevilacqua concibe su función como un mal menor en aras de los derechos que asisten a los sospechosos. La mirada crítica reside en que en la serie novelesca los abogados, salvo excepciones, aparecen como servidores de la élite que, además, son descritos como personajes atildados, con un carácter arrogante y displicente, y con un espíritu maquiavélico que les predispone para utilizar todos los medios posibles, tanto lícitos como ilícitos, con el fin de defender a sus clientes. Este tipo de abogados, contrariamente a lo dispuesto en su Código Deontológico, no buscan la justicia, sino únicamente el beneficio propio sin importar qué o a quién se lleva por delante²².

Esta novela no se aparta de esa imagen de los abogados. Por un lado, se patentiza la tensión entre las garantías de los sospechosos con la asistencia del abogado al detenido y la eficacia de la labor policial²³:

«Las leyes, según la interpretación que de ellas había hecho la jurisprudencia para aumentar al máximo las garantías al detenido, nos vedaban interrogarlo sin que estuviera su defensor delante, so pena de nulidad de las actuaciones. No podía evitar, en aquellos trances, acordarme de los buenos viejos tiempos, cuando el interrogador se metía con el detenido a solas y si la investigación la llevaba un artista, como el sargento primero Robles, sacaba petróleo. Con un abogado delante, y encima ex juez, aquel clima propicio a que el malo se derrumbara y le abriera su alma al bueno era una quimera. Por una sólida razón, sin duda: porque no siempre el bueno es bueno del todo, ni el malo tan fuerte como para afrontar esa soledad sin desventaja ni indefensión. Pero la nostalgia es libre, y en mi memoria guardaba no pocos éxitos obtenidos de ese modo y sin que nadie sufriera el menor daño ni se avasallaran sus derechos».

La exigencia de comunicar al abogado no sólo la acusación sino también los medios de prueba que la sostienen era, como dice Bevilacqua, «una nueva complicación que las leyes oponían, también en garantía de los derechos del detenido, a la labor policial. Tener que jugar una partida de cartas con todas las tuyas vueltas, mientras el otro las esconde, era un verdadero fastidio que cada tahúr manejaba como mejor podía y sabía»²⁴.

21 SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 118.

22 ALENZA GARCÍA, J. F., «Lo jurídico y los juristas en la obra de Lorenzo Silva», cit., pp. 386 y ss.

23 SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 463.

24 SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 464.

En cuanto a la índole personal de los letrados, esta novela ofrece la novedad de presentarnos a un exjuez como abogado. De ahí el sobresalto inicial que la noticia le causa a Rubén²⁵:

«Cuando Chamorro me dijo quién era, no pude reprimir un sobresalto. Su fama lo precedía. Nada menos que un ex-magistrado, de los varios que, tras hacerse notar como instructores, habían cambiado en los últimos años la toga con puñetas, y el sueldo bajo que bajo ella les correspondía, por la toga de mangas lisas de abogado y las suculentas cifras de facturación que esta les proporcionaba en función de la clientela. Acababan así defendiendo a lo peor de cada casa, viraje que no era ilícito y hacía además efectivo un derecho constitucional, pero que a alguien como yo, que estaba al otro lado del ring, lo ponía alerta. Por un lado, sobre el escollo que representaba para mí labor; por otro, sobre el nivel y las posibilidades que tenía de eludir la acusación quien podía pagarse una defensa letrada semejante, que era cualquier cosa menos asequible».

Que el cambio de oficio (magistrado por abogado) sea lícito, no evita que a Vila (admirador del juez vocacional) la metamorfosis le repugne. Porque, como bien indica, quien tiene capacidad económica para pagar los honorarios de ese tipo de abogados son los criminales de alto nivel económico. Ningún juez abandona su cargo para ejercer de abogado de oficio y abrirse camino con los más humildes. Los jueces que desechan la judicatura suelen fichar por grandes despachos que sirven a los delincuentes de guante blanco o, cuando menos, de cuentas bancarias extraordinariamente nutridas.

Por eso comenta con sorna a un compañero que poder contratar como abogado a un exjuez es una señal de que los que ellos se mantienen en el servicio público son «bobos. El espíritu de servicio, el orden y la ley, esas gaitas. Los que saben se cambian todos, el espíritu del taxímetro»²⁶.

Un efecto colateral que conlleva el cambio de magistrado a abogado es el cambio de estatus. De ser una figura a la que se debe respeto institucional y que cuenta con ciertas prerrogativas y derechos (como tener un horario y vacaciones), pasa a convertirse en servidor asalariado de sus clientes que, en ocasiones, sobre todo cuanto pagan bien, exigen disponibilidad absoluta. También cambia el estatus ante la policía. Bevilacqua no oculta la satisfacción de poder tratar al afamado magistrado, como un simple abogado²⁷, al que podía ignorar en ciertas circunstancias²⁸, aunque a la postre, la humanidad característica de Vila le lleva a

25 SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 462.

26 SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 469.

27 Así lo hace desde el primer interrogatorio: «Aquel hombre trató de ostentar ante mí la autoridad que ya no representaba. No quería recordárselo expresamente, para que no creyera que había en mí alguna clase de resentimiento o, lo que era peor, un complejo de inferioridad ante él. Sí traté de hacerle ver, de otro modo, que la consideración que le tenía no era por lo que había sido, sino por lo que allí era: exactamente la misma que le debía y le mostraba al último abogado de oficio recién salido de la facultad» (SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 465).

28 «No tenía ganas de volver a echarme a la cara al exjuez, y me complacía, no lo niego, estar en condiciones de hacerle ver a un sujeto que se había habituado en exceso a mirar desde arriba a todos los demás que el de ignorarlo, a partir de ahí, era un lujo a mi alcance. Imaginé que no dejaría de intentar vengarse en la vista del juicio, cuando me interrogara como testigo, pero tenía a mis espaldas una buena pila de interrogatorios ásperos en tribunales, a cargo de abogados mucho más temibles, porque habían desarrollado su carrera sin apoyarse, como él, en la muleta de su anterior investidura» (SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 466).

compadecerlo cuando lo ve faenando en lugares y circunstancias ajenas a su experiencia como egregio magistrado²⁹.

Una última consideración que cabe deducir de las reflexiones de Bevilacqua es que la abogacía no es una simple titulación, ni una simple profesión. La abogacía es un oficio en su sentido primordial, es decir, que se trata de una ocupación vocacional que exige una dedicación absoluta, además de una preparación técnica que se desarrolla sobre la base de unos conocimientos y unas competencias especializadas que los colegiados pueden tener en muy distinta medida. Por ello, cuando los sospechosos pueden permitirse la contratación de los abogados más caros, presume que estarán mejor preparados y que pondrán mayores obstáculos a la investigación policial y garantizarán una defensa más férrea en el posterior juicio.

En un momento dado, Bevilacqua advierte que si Mijáil acaba en los juzgados las pruebas deberán ser contundentes teniendo en cuenta «el abogado que lo defenderá. Ten claro que no va a ser de oficio»³⁰.

En fin, la pésima opinión que los protagonistas tienen sobre los abogados se manifiesta también en las bromas que se gastan al enterarse de que Chamorro tiene un novio que es abogado («no le auguro nada bueno») y cuando termina su relación («te lo advertí: andar con abogados no suele terminar bien»)³¹.

3.3. La necesidad de respetar el guion: el papel de los policías y el papel de los jueces

Los enfrentamientos de la policía judicial con los abogados y la tensión latente con los jueces de instrucción no emborronan el reparto de los papeles que cada estamento tiene asignado en el Estado de Derecho. Bevilacqua ha sido siempre muy consciente de ello y, conforme pasa el tiempo, sobrelleva mejor los desencantos que, en ocasiones, genera el sistema.

Tiene muy claro que sólo con el Estado de Derecho se puede derrotar a los malos —incluso cuando están muy bien organizados y se oponen radicalmente a ese mismo Estado de Derecho— y, por ello, tiene muy presente la misión y las responsabilidades de los cuerpos policiales en ese Estado de Derecho.

Una vez más, Bevilacqua en esta novela advierte que en las investigaciones policiales la prioridad es siempre la víctima y su familia, dejando a salvo la obediencia debida al juez³². Que los policías están al servicio de los intereses generales y no al servicio de los intereses de los políticos³³.

29 «En los pasillos del juzgado me tropecé con el exjuez. Casi me dio pena. Se lo veía un poco fuera de lugar en aquel humilde juzgado de provincias, después de haber ejercido en las audiencias de postín» (SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 472).

30 SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 376.

31 SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 26 y p. 541.

32 «La familia es nuestra prioridad siempre, sólo por detrás del juez. Y del deber de sigilo que tenemos» (SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 364).

33 «Los que tienen dos dedos de frente se han dado cuenta de que un policía no puede ir a rebufo de los políticos. Que eso los lleva al despeñadero» (SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 384).

Y que quien toma las decisiones sobre la libertad y el resto de derechos de los sospechosos o inculpatos es el juez y no la policía³⁴.

Sobre ese distinto papel que tienen los jueces y los policías, Bevilacqua formula la siguiente reflexión³⁵:

«Eran esas cosas las que denotaban la radical diferencia que había entre la labor de los togados, en su torre de marfil del despacho y las leyes, y la nuestra, la de quienes pisábamos la calle. En teoría, estábamos del mismo lado y formábamos parte del mismo empeño. En la práctica, vivíamos en dos mundos diferentes, apenas conectados por las tenues pasarelas que establecíamos en los papeles que nos intercambiábamos —sus autos, nuestros informes— y en los contados momentos en que coincidíamos. Para nosotros era a menudo un fastidio, y sabía que a ellos también les dábamos nosotros algún dolor de cabeza, pero quizá, y a pesar de ineficiencias como aquella, era mejor así. Por mi parte, desde luego, cuantos más trienios sumaba menos me atraía la labor de estar juzgando y decretando todo el tiempo, y mejor me parecía que no fuera la mía».

Como puede apreciarse, hay ya una sabia asunción de las funciones que corresponden a cada uno, engendrada por la veteranía del guardia civil que, además, le permite aceptar sin la amargura de sus primeros años, las decisiones judiciales que echaban por tierra el arduo trabajo policial. Una postura que, una vez más, revela el espíritu estoico de Bevilacqua y que, en esta novela, aflora con mayor intensidad, como luego se verá.

4. LA DERROTA DEL INDEPENDENTISMO RADICAL E ILEGAL CON EL ESTADO DE DERECHO

4.1. Un *procés* que ha discurrido al margen de la legalidad democrática

La novela penetra en las entrañas del proceso independentista de Cataluña por las conflictivas relaciones que tenía la víctima con su padre. Ferran Bonmatí (el padre de Queralt) es un expolítico y empresario comprometido con la causa nacionalista. Sus vínculos con la mafia rusa y la amenaza de Queralt de revelarlos podían haber sido el móvil del asesinato.

El proceso soberanista o independentista de Cataluña, conocido abreviadamente como el *procés*, es el movimiento político y social que se inició en 2012 con un pacto de gobernabilidad de CiU y ERC, que procuró imponer la independencia de Cataluña.

34 Vila recuerda que en una ocasión que afirmó que habían metido a los autores materiales en la cárcel, su compañero Robles le tuvo que corregir: «No te confundas. Los meterá el juez, si lo tiene a bien. Nosotros sólo somos lo que les ponemos a los de las togas las pruebas sobre la mesa. Son ellos los que a partir de ahí le quitan o le dan la libertad a la gente» (SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 250).

35 SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 433.

Las actuaciones soberanistas se fueron desarrollando sin la legitimidad que deriva del respeto a la legalidad vigente. Cada decisión o actuación del Gobierno catalán o del Parlamento de Cataluña (Ley de consultas de Cataluña de 2014, referéndum de 2014, Ley del referéndum de autodeterminación de 2017, convocatoria del referéndum del 1 de octubre de 2017, ley de transitoriedad jurídica y Declaración Unilateral de Independencia) fueron recurridas ante el Tribunal Constitucional, quien primero las suspendió y, luego, las anuló por su flagrante inconstitucionalidad³⁶. La declaración unilateral de independencia también provocó la intervención de la autonomía catalana, en aplicación del artículo 155 de la Constitución, que se extendió del 27 de octubre de 2017 al 2 de junio de 2018.

Todas las iniciativas independentistas estuvieron viciadas de ilegalidad desde su origen. Uno de los argumentos del *procés* es que la legalidad no puede imponerse a la democracia. Que la voluntad democrática no puede verse reprimida por la legalidad. Sin embargo, una voluntad democrática que quebrante la legalidad no es una auténtica voluntad democrática. Ésta sólo puede formarse legítimamente de acuerdo con los métodos y cauces legales democráticamente establecidos. La inseparabilidad de la democracia y de la ley fue explicada ya en la Antigua Grecia con el *Critón* de Platón. No hay auténtica democracia sin respeto a la legalidad vigente.

Una prueba incontestable de que el pretendido derecho de autodeterminación autonómico era inexistente e inviable y de que no era posible la independencia unilateral de ningún territorio autonómico ha sido que ningún Estado democrático, ni ningún organismo internacional haya apoyado las tesis independentistas catalanas. Es decir, que el rechazo a la independencia no se basaba únicamente en la legalidad española, sino que carecía de la cobertura de la legalidad internacional y europea.

Una consecuencia inesperada y muy significativa de la ilegalidad del *procés* fue el masivo abandono de empresas que se produjo tras la declaración unilateral de independencia. Como mostró Shakespeare en *El Mercader de Venecia*, la seguridad jurídica es esencial para los Estados y para la actividad económica³⁷. Procurar el nacimiento de un Estado con la fragilidad que deriva de la falta de soporte legal y la inseguridad jurídica que supone el quebrantamiento de la legalidad constitucional y europea era una pretensión absurda. Llegó a negarse, incluso, que la independencia iba a suponer la salida automática de la Unión Europea³⁸. Las institucio-

36 El análisis jurídico más completo y preciso del desafío independentista catalán al modelo autonómico y de la defensa de la Constitución y de los valores democráticos realizada por el Tribunal Constitucional (con análisis de casi un centenar de actuaciones jurídicas del Parlamento de Cataluña y de su valoración por el TC en sentencias de recursos de amparo y otros autos y providencias derivadas de una agotadora sucesión de impugnaciones e incidentes de ejecución de sentencias) puede verse en PÉREZ DE LOS COBOS HERNÁNDEZ, E., «Desafío del independentismo catalán al Estado autonómico», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 55, 2020, pp. 280-364.

37 Ante la demanda del inflexible Shylock en el juicio contra Antonio, los amigos de éste piden al Dux que rompa para «este solo caso esa ley tan dura; haced un pequeño mal para realizar un gran bien doblegad la obstinación de este diablo cruel». Pero el Dux no puede acceder a dicha petición. La seguridad jurídica era esencial para la supervivencia de la República: «No puede ser. Ninguno puede alterar las leyes de Venecia. Sería un precedente funesto, una causa de ruina para el Estado» (SHAKESPEARE, W., *El mercader de Venecia*).

38 En realidad hubo una evolución en el argumentario independentista: primero se guardó silencio, luego se dijo que se produciría una ampliación interna de la Unión Europea automática, luego que

nes europeas no dudaron en advertir de esa inconveniente realidad. En esas condiciones de inseguridad jurídica y de salida del mercado común europeo, la declaración unilateral de independencia supuso una salida masiva de depósitos bancarios y una numerosa cantidad de empresas que abandonaron Cataluña. Se calcula que fueron 4588 empresas las que cambiaron de sede social, algunas de gran arraigo y relevancia en Cataluña como CaixaBank, Banco de Sabadell, Codorniu, Freixenet, el Grupo Planeta, Cerveza San Miguel, Aguas de Barcelona, Gas Natural Fenosa, o Catalana Occidente.

Todo ello no frenó la huida del Derecho constitucional del *procés*, ni la confección de un relato propio acomodado a su sueño independentista.

4.2. Dos versiones catalanas del *procés*: de la revolució del somriures... al festival de los escraches y la noche de las hogueras

Uno de los escasos logros del relato secesionista en la opinión pública —internacional y en menor medida, nacional— ha sido de instalar la idea que existe un conflicto entre España y los catalanes, cuando lo cierto es que el conflicto es sostenido por un parte —exiguamente mayoritaria— de los catalanes.

En la contraposición que plantean los independentistas entre democracia y legalidad, se suele olvidar que al inicio del proceso y durante el mismo no existía una mayoría independentista. En las elecciones autonómicas de 2015 y de 2017 (obviamente, ni la falta de garantías, ni la baja participación permiten tener en cuenta los resultados de los referéndums ilegales) el apoyo a los partidos independentistas no llegaba al 48 % (47,8 en 2015 y 47,49 en 2017), alcanzando el 50'05 % en las de 2021.

Es acertado, por ello, que la novela no se limite a mostrar dos versiones contrapuestas del *procés* (la de los independentistas y la de los guardias civiles) y que ofrezca una panorámica multifocal reveladora de las diversas facetas de la cuestión.

Del lado del independentismo destacan dos personajes: el padre de Queralt y su ex novio³⁹. Éste —Sebastià Sanromà— no deja dudas de su adscripción ideológica, cuando afirma que la ruptura con Queralt se debió a que ella «se puso del lado de los enemigos de Cataluña», que son los no aceptan «reconocer la voluntad democrática de los catalanes» y son «quienes nos encarcelan y nos apalean y nos persiguen»⁴⁰. Ferran Bonmatí es otro independentista

era necesario un procedimiento de adhesión, sino una simple reforma del Tratado de la Unión Europea (sin aclarar que esa «simple» reforma exige el voto unánime de todos los Estados miembros). Sobre esta cuestión véase GALÁN GALÁN, A., «Del derecho a decidir a la independencia: la peculiaridad del proceso secesionista en Cataluña», *Instituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici*, núm. 4, 2014, pp. 903 y ss.

39 Otra voz independentista es la del miembro de Terra Lliure que fue detenido por Bevilacqua en su primera época en Cataluña y que explica los motivos de su lucha armada en los siguientes términos: «Para que Cataluña sea libre y se gobierne por sí misma y no siga *llanguendo* en manos de esa España reaccionaria y franquista que se disfraza de democracia pero sigue siendo la del «vivan las cadenas» (SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 144).

40 SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 332.

convencido que piensa que su país está secuestrado y que en esas condiciones debe intentar liberarlo con todo lo que esté «a su alcance, con la ley o sin ella»⁴¹.

La otra versión del *procès* la aporta Queralt a través de su amigo Germán Valladares —graduado en Derecho y estudiante de master en la Pompeu Fabra— cuando es interrogado por su relación con Queralt y por las razones que tuvo una chica independentista para abandonar el ideario nacionalista y colaborar con los constitucionalistas. Es muy revelador que en la cita con los investigadores, Germán muestre cautela sobre el lugar de la reunión, porque «ya estoy bastante señalado por hacer lo que hago para que ahora se sospeche que hablo con ustedes» y «han pasado cosas muy gordas, sobre todo para los que no hemos querido comulgar con el pensamiento único que patrocina el poder establecido»⁴².

El cambio de Queralt se debió a que, además de buena catalana, era buena estudiante. German cuenta que un día los de la *revolució del somriures* impidieron que Queralt hiciera un examen. Ese día no se les veía las sonrisas porque iban encapuchados y, aunque Queralt portaba el lazo amarillo, no le hicieron caso. Y, además, la despreciaron: «Al principio hicieron como que no la habían oído, luego le dijeron que la República Catalana y la libertad de los presos eran más importantes que los exámenes. Y uno de ellos añadió la chispa que provocó la explosión: y que las notas de una niña»⁴³. La airada respuesta de ella —que no se dejaba guiar «por un imbécil machista» y su parcial versión de la *llibertat*— acabó con insultos y zarandeos. Lo peor fue que al llegar a casa su padre le recriminó que hubiera dado la impresión de ser una egoísta a la que no le importaba el sufrimiento de los presos. Fue entonces cuando se inscribió en la asociación de estudiantes constitucionalistas, que estaba en el foco de la represión del pensamiento catalanista. Queralt se presentó en uno de sus actos y decidió unirse a ellos⁴⁴.

El novio de Queralt rechaza la visión simpática y amable del movimiento independentista en Cataluña. Es una farsa, afirma: como parte de la premisa de que existe una represión de la democracia catalana, el movimiento no puede admitir manifestaciones antidemocráticas: su revolución democrática es una revolución de sonrisas en un ambiente cuasifestivo, sin crispación ni presión social sobre la minoría que se opone a ella.

Sin embargo, la realidad era muy distinta, especialmente, tras el baño de realidad que supuso una declaración unilateral de independencia que no implicó consecuencia alguna, salvo para los que fueron condenados por las acciones —no por las ideas— ilegales cometidas.

41 SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 484. A ello Bevilacqua le contesta que no va a entrar a discutir lo del país secuestrado, pero «sólo le digo que a mí no me gusta retener a nadie contra su deseo, pero tampoco creo que nadie tenga derecho a cambiar a otro de país por las bravas». Sin embargo, luego a solas con Virginia, reconoce que Bonmatía tiene parte de razón en los motivos de su resentimiento contra España (*ibidem*, pp. 485-486).

42 SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 311 y 312.

43 SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 314.

44 «Había que tener valor. Nos los revientan todos, los rectores nos ignoran como si fuéramos apesadados, cuando no nos ponen palos en las ruedas o nos deniegan todo lo que les dan babeando de gusto o de miedo a los indedes, y sólo de vez en cuando aparecen los Mossos para protegerlos» (SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 315).

Lo cierto es que hubo coacciones y amenazas contra quienes quien no se implicaban en el *procés* ya fueran simples estudiantes⁴⁵, ya fueran alcaldes que no cedieron locales para el referéndum ilegal, ya fueran entidades o personas que colaboraran con el enemigo⁴⁶. Se documentaron más de cien escraches contra políticos, periodistas, estudiantes, empresarios y contra sus familias. Quedó claro que las sonrisas se reservaban para los buenos catalanes mientras que para el resto se reservaban la coacción, las amenazas y los insultos⁴⁷.

Y cuando llegó la inevitable sentencia condenatoria de algunos líderes independentistas, la revolución de las sonrisas dio paso a la de las hogueras. La novela recoge el tenso ambiente que se respiraba ante la inminente condena de los líderes independentistas y la convicción de que se iba a armar «la de Dios»⁴⁸, pues había informes que aseguraban que se había planificado desatar una «ola de tumultos»⁴⁹. Y, en efecto, cuando Vila llega a Barcelona para entrevistarse con el padre de la víctima, le advierte que «el Supremo ha condenado a los del *procés* a un porrón de años por sedición»⁵⁰. Una multitud violenta ha rodeado el aeropuerto de El Prat y ha cortado los accesos»⁵¹.

45 Germán cuenta a Bevilacqua otras situaciones en las que Queralt recibió insultos, amenazas coacciones, las agresiones y otras represalias más sutiles por parte de los estudiantes o incluso de los profesores.

46 Hubo coacciones y amenazas contra los hoteles que alojaron a policías y guardia civiles. Hubo profesores que en los colegios criticaron públicamente a las familias de los policías. La coacción contra los policías adoptó todo tipo de formas, incluidas las denuncias formuladas ante una Administración judicial teóricamente represiva contra el independentismo. Así lo cuenta en la novela el comandante Ricardo cuando le explica a Bevilacqua que está muy ocupado prestando declaración con las innumerables denuncias que se interpusieron por las intervenciones policiales del 1 de octubre. A Bevilacqua le sorprende que existan tantas denuncias ya que que «aunque hubo imágenes muy feas, muy poca gente salió lesionada, ¿no?». El comandante asiente. Y señala que en sus operaciones sólo hubo un herido de cierta entidad: «uno de mis guardias al que destrozaron la pierna con una silla. Se vio en la tele y todo. Ni cargas hicimos, casi. Las instrucciones que les dimos a todos era no sacar las defensas siquiera, salvo complicaciones, y contener y apartar en su caso con el cuerpo y las protecciones a quien se resistiese». Y ¿entonces? —insiste Vila—. «Estoy encausado por provocar ataques de ansiedad» (Silva, L., *La llama de Focea*, cit., p. 305). El problema es que esas acusaciones, aunque no terminen en condenas, ha paralizado los ascensos y el progreso profesional de muchos agentes. Vila se sorprende que esa situación se hubiera prolongado durante tanto tiempo, ya que habían pasado dos años de «aquel referéndum ilegal, que al final el Estado sólo había logrado hacer fracasar parcialmente, y pagando el peaje de una infortunada y abortada actuación policial que había expuesto a los efectivos involucrados a estos contratiempos» (SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 305).

47 Como señala el estudiante constitucionalista se dotaron de un icónico lazo para mostrar la adhesión a la causa independentista: «El lacito amarillo es ya como el documento de identidad del buen catalán» (312).

48 SILVA, L., *La llama de Focea*, cit. p. 200.

49 SILVA, L., *La llama de Focea*, cit. p. 459.

50 No obstante, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2019 no fue tan dura como se esperaba ya que descartó la comisión de un delito de rebelión porque la violencia que se produjo durante el *procés* no tuvo la intensidad suficiente que requiere el tipo penal. Por ello, las principales condenas impuestas a Oriol Junqueras y a otros líderes lo fueron por sedición y por malversación. A todos ellos, y a otros procesados, también se les impuso pena de inhabilitación para cargo público.

51 SILVA, L., *La llama de Focea*, cit. p. 473.

Lo que encuentra Vila es una Barcelona transformada, por obra del *Tsunami Democràtic*, en una ciudad en llamas, con un vandalismo programado por unas guerrillas urbanas perfectamente organizadas⁵².

4.3. ¿Apagando las hogueras u ocultándolas?

Arde Barcelona. Y en esa ciudad en llamas Bevilacqua tiene una entrevista con Yuri, el mafioso ruso relacionado con Ferrán Bonmatí. Después de revelarle el papel de Mijaíl en la muerte del asesino de Queralt, hablan de la implicación de Rusia en la situación catalana. Ante la insinuación de Vila de que su organización o su país puedan estar detrás de los tumultos, Yuri lo rechaza taxativamente: «El fuego de esas hogueras es cosa vuestra. De los políticos de Madrid, de los políticos catalanes, de los avispados de aquí que untan o ponen el cazo (...) Esos chavales que queman los contenedores y se enfrentan la policía no los he criado yo. Los habéis criado vosotros. El adoquín que le acaba dando en el casco a un policía necesita una mano y sin ella no hay pedrada. No busques fuera lo que está dentro»⁵³.

Una vez más, Silva acierta al ofrecer una perspectiva externa que completa la descripción de un problema interno. Esa mirada del otro siempre es enriquecedora para el conocimiento de uno mismo y para afrontar la necesaria asunción de responsabilidad por las propias acciones. Las consideraciones de Yuri constatan la obviedad de que un conflicto tan complejo como el suscitado en Cataluña todas las partes implicadas tienen parte de responsabilidad.

La novela finaliza con la citada sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2019. Con posterioridad la situación política y legal ha sufrido importantes novedades. El Gobierno en minoría de Pedro Sánchez, necesitado concitar el auxilio de grupos políticos con intereses muy distintos, recabó el apoyo de los partidos catalanistas mediante la aprobación de dos medidas: por un lado, la concesión el 22 de junio de 2021 de los indultos parciales (no se incluyó el perdón de la pena por inhabilitación) a todos los condenados por el *procés*; y, por otro lado, la reforma urgente del Código Penal⁵⁴ con la que se derogó el delito de sedición (aparentemente sustituido por el de desórdenes públicos agravados) y se modificó el delito de malversación con una reducción de las penas cuando no se acredite ánimo de lucro personal en los malversadores.

La modificación del Código Penal tuvo los resultados políticos esperados, pero no los jurídicos, ya que la reforma adolecía de una serie de deficiencias técnicas que impidieron que se materializara la esperada reducción de penas para los condenados⁵⁵.

52 «Lo llamaron Tsunami Democràtic, estaba organizado por internet y el tiempo haría aflorar algunas sospechas de connivencia con los hackers en nómina de los servicios e información rusos en su implementación y soporte técnico» (SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 473).

53 SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 523.

54 La reforma entró en vigor el 12 de enero de 2023. A cambio los independentistas catalanes votaron a favor de los presupuestos de 2023.

55 El 13 de febrero de 2023 se hizo público el Auto del TS que consideró inaplicable a los políticos catalanes condenados el nuevo delito de «desórdenes públicos agravados» con el que se pretendía sustituir el delito de sedición, ya que la intentona de ruptura independentista solo podía ser castigada por mera desobediencia que no conlleva penas de cárcel. El Auto señaló el desamparo en el que quedaba el Estado ya que la reforma «deja impunes los procesos secesionistas que no vayan

El futuro dirá si con los indultos y las modificaciones del Código Penal se han apagado definitivamente las llamas u hogueras independentistas o si ese apagón ha sido solo aparente y provisional⁵⁶. Entretanto en el que ha resultado vapuleado en todo este proceso ha sido el Derecho.

4.4. El Derecho como instrumento y como víctima

En su anterior novela Silva ya mostró como los clásicos preceptos de Ulpiano (*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*) entrañan las claves para que el Estado de Derecho pueda enfrentarse al terrorismo. Porque no podía ganarse la lucha terrorista de cualquier manera. Sólo podía hacerse con honestidad, sin dañar más de lo imprescindible y, en todo caso, dando a cada uno lo que le corresponde en justicia. Ganar a costa de las convicciones democráticas no hubiera sido ganar. Se hubiera perdido lo más importante: el fundamento del Estado democrático⁵⁷.

La incapacidad para encauzar políticamente las divergencias y la progresiva radicalización del proceso independentista convirtieron al Tribunal Constitucional en el escudo protector del Estado de Derecho y en la barrera que difuminó los efectos jurídicos de las decisiones del Parlamento de Cataluña. Ahora bien, en esa labor del TC pueden apreciarse diversos estilos: desde la inicial cautela con la que por vía de la «interpretación conforme» evitaba la declaración de inconstitucionalidad de algunas iniciativas, continuando con una mayor firmeza en la defensa de los principios democráticos fundamentales, para llegar a unas decisiones finales con las fortaleció la defensa de los valores basilares y legitimadores del Estado autonómico, democrático y de Derecho, con severas advertencias sobre las consecuencias y responsabilidades que se derivan del incumplimiento de sus mandatos⁵⁸.

El uso y abuso de los mecanismos jurídicos para la resolución de un profundo y complejo problema jurídico ha provocado que el menosprecio y la manipulación del Derecho. En efecto, desde los inicios del conflicto se advirtió que el Derecho se estaba convirtiendo en una víctima colateral del mismo violentada por varias causas, desde la manipulación del lenguaje jurídico (la premisa de que existe un «derecho a decidir» sin precisar su reconocimiento, contenido y eficacia vinculante), hasta el menosprecio que ha sufrido por las partes implicadas:

acompañados de actos de violencia o intimidación». Y añade que «la deslealtad constitucional y el menosprecio a las bases de la convivencia, incluso cuando fueran seguidos de un alzamiento público y tumultuario, no necesariamente violento, no serían susceptibles de tratamiento penal». Por otro lado, el TS mantuvo las penas por el delito de malversación al no considerar aplicable el nuevo delito de malversación atenuada, por lo que se mantuvo la pena de inhabilitación para Junqueras y Bassa hasta 2031 y para Turull y Romeva hasta 2030. Otros encausados sí resultaron beneficiados al quedar condenados únicamente por desórdenes públicos o desobediencia.

56 En el momento de terminar la redacción de este artículo, Junts per Catalunya exige la amnistía de los condenados (y de los prófugos) por el *procés* y un referendun de autodeterminación de Cataluña para apoyar una nueva investidura de Pedro Sánchez.

57 ALENZA GARCÍA, J. F., «Ulpiano vence al odio: la victoria del Estado de Derecho sobre el terrorismo a la luz de *El mal de Corcira* de Lorenzo Silva», *Anamorphosis: Revista Internacional de Direito e Literatura*, núm. 7, 2021, pp. 39-64.

58 PÉREZ DE LOS COBOS HERNÁNDEZ, E., «Desafío del independentismo catalán al Estado autonómico», cit., pp. 346-347.

para los independentistas porque la legalidad vigente era contraria a la voluntad democrática catalana; y para el inmovilismo constitucionalista porque la legalidad vigente se concebía como un martillo rígido e inflexible esgrimido como un simple instrumento de dominación⁵⁹.

Sería conveniente que nuestros gobernantes recordaran que, como ha advertido, Pérez de los Cobos, «el Derecho es una herramienta para la convivencia que debería quedar lejos de su empleo como arma arrojada por la Política (...) El uso fraudulento del ordenamiento jurídico, en aras de alcanzar los objetivos políticos a cualquier precio, no hace sino envilecer cualquier propósito. Por ello, debería encauzarse la situación hacia la comprensión de que el Derecho nos brinda los mecanismos para la resolución de conflictos, huyendo de su concepción como instrumento de control, dominación y de poder. Recordando que si hay algo más peligroso que la judicialización de la política es, sin duda, la politización del Derecho»⁶⁰.

5. «LA LLAMA DE FOCEA»: UNA NOVELA SOBRE LA NECESIDAD DE CONOCERNOS, DE COMPRENDERNOS Y DE CONOCER Y COMPRENDER A LOS DEMÁS

5.1. Un Bevilacqua nostálgico que empieza a recorrer las últimas vueltas del camino

La llama de Focea es la novela más introspectiva de la saga. A lo largo de los anteriores libros habíamos ido conociendo a Rubén Bevilacqua a través de sus pensamientos y actuaciones en su presente. En las dos últimas novelas, sin embargo, hemos conocido facetas de su pasado que solo habían sido insinuadas en el resto de libros de la saga. En *El mal de Corcira* pudimos asomarnos a los inicios de su carrera en el País Vasco en la lucha antiterrorista. Si todos los inicios marcan su trayectoria posterior, las experiencias extremas que allí vivió (la lucha contra un enemigo implacable que lo consideraba a él y a sus compañeros como objetivos directos, su episodio de infiltrado en el que llegó a tener una relación con una etarra, las líneas rojas que algunos compañeros atravesaron, etc.) fueron de las que imprimen carácter y forjan indeleblemente el espíritu de las personas que las viven.

En *La llama de Focea* la remembranza del pasado es más personal. Existen también recuerdos y reflexiones sobre su antigua actividad profesional en la Barcelona del 92 que, casualmente, se vinculará con el caso de Queralt, a través del enigmático Yuri, el mafioso ruso al que en el pasado había conocido como Oleg. Pero, sobre todo, la introspección de Vila en esta novela se refiere a su vida personal, a las vivencias que tuvo en la optimista Barcelona olímpica. Por ello, Bevilacqua se muestra en esta novela más nostálgico que nunca.

59 GALÁN GALÁN, A., «Del derecho a decidir a la independencia: la peculiaridad del proceso secesionista en Cataluña», cit., pp. 906-907.

60 PÉREZ DE LOS COBOS HERNÁNDEZ, E., «Desafío del independentismo catalán al Estado autonómico», cit. p. 361.

El regreso a Barcelona desencadena un torbellino de recuerdos sobre el descubrimiento de Cataluña, la amistad con su compañero Robles, el inicio de su matrimonio, el nacimiento de su hijo y, sobre todo, la apasionada relación extramatrimonial con Anna.

El afecto sentimental que Vila siente por Cataluña reside en los momentos felices que vivió allí, como el inicio de su matrimonio vivido como una prolongación de la luna de miel o la crianza de un hijo que le ofreció unas de las «muestras más acabadas de felicidad que me ha deparado la vida»⁶¹. Luego la cosa se complicaría. La marcha de su mujer y de su hijo a Madrid, abrió las puertas a una relación apasionada con Anna que condujo a su divorcio. Vila no reniega de esa relación, ni tampoco busca una justificación que atenúe su responsabilidad en la disolución de su matrimonio.

Desde sus inicios la novela anticipa la sensación de Bevilacqua de que se aproxima a las últimas vueltas del camino. No está todavía en ellas, pero empieza ya a vislumbrarlas. La novela se inicia con la graduación de su hijo como Guardia Civil al que asiste la madre de Bevilacqua. Las conversaciones materno-filiales denotan el paso del tiempo y la inminente necesidad de pasar el testigo a otros. También es muy reveladora la charla con Chamorro a la que le advierte que no podrá irse de la unidad central, porque intuye que su hijo Andrés acabará necesitando una maestra en esa unidad «y solo puede tener la mejor»⁶². Vila empieza a constatar que el tiempo actual empieza a pertenecer a otra generación: la de los miembros de su equipo y la de la juez de Sarriá que es tan joven como su hijo. Y empieza a tomar consciencia de la irrelevancia, de la levedad de la existencia⁶³:

«Cuando pasa el mundo y se interpone la distancia, el mundo va adquiriendo de prisa una fisonomía que lo convierte en expresión rotunda de nuestra ausencia, y a nadie le deja indiferente lo bien que subsiste todo sin uno: lo natural que resulta que no estemos ni seamos ya parte de aquello a lo que un día creímos pertenecer. (...) Vence siempre el mundo, y como ya intuyó aquel abogado checo de dolorosa lucidez que escribía en alemán y se imaginaba procesado sin motivo o convertido en insecto de la noche a la mañana, en el combate entre tú y el mundo no queda otra que ponerte del lado de éste, aceptar que te toca la derrota y el solo consuelo de no haberlo olvidado todo».

Sin embargo, en Bevilacqua no es la sensación de derrota la que prevalece. En esta novela hace una evaluación serena de su vida, de sus errores y de sus aciertos. Especialmente se congratula de no haber cedido a los atajos que se le mostraron para conseguir ciertos logros, ni a la avaricia que le hubiera traído una vida más regalada, ni tampoco a una ambición profesional que le hubiera llevado a lujosos despachos, pero le hubiera alejado de la investigación criminal en la que se siente realizado.

En una conversación con Pereira dialoga sobre si compensa haber evitado posibles enriquecimientos ilícitos. Con cierta ironía le señala a su superior que son bobos por haberse mantenido «en el espíritu del servicio, el orden y la ley, esas gaitas. Los que saben se cambian, todos, por el espíritu del servicio». Pereira le replica que no compensa perder la dignidad por ir mejor comido y vestido. La conversación hace pensar a Bevilacqua si la falta de ganancia convalida «que la vida de uno se hubiera consumido en un traje que al final nunca resolvía

61 SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 296.

62 SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 265.

63 SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 273.

nada de manera definitiva y que no estaba exento de tropiezos y de sombras de triste memoria. No logré alcanzar ninguna conclusión (...). A todo lo que llegué fue a alegrarme de que ni mis insuficiencias ni mis excesos me hubieran reportado, como a otros beneficios o prerrogativas que debiera avergonzarme poder aprovechar para enfrentarme a las penurias de la vejez»⁶⁴.

En ese balance vital debe uno sincerarse consigo mismo, reconocer los errores cometidos y aprender a convivir con sus consecuencias. Al final, uno puede reconciliarse con su pasado y recordar la alegría de las emociones vividas⁶⁵:

«La ventaja que tiene haber perdido algo sin remedio es que con el tiempo se acaba alcanzando un armisticio con la memoria, y hasta los instantes más amargos puede uno recordarlos con serenidad, lo que es más necesario, con gratitud. También sucede que en cada instante, cuando lo evoca desde más allá del final, está toda la historia, y lo que te embarga, por encima del dolor, la pérdida o la sensación de error o de fracaso, es la emoción de haberla vivido».

5.2. Un recorrido por el catalanismo y la evolución de una parte del mismo hacia el independentismo

En paralelo a la introspección personal, Bevilacqua también desentraña la historia de Cataluña —la remota y la más reciente—, así como su idiosincrasia.

Su primer destino, antes incluso de ir de voluntario a Guipúzcoa, fue en un puesto rural de la provincia de Lérida. Allí tuvo su primer contacto con Cataluña y con una Barcelona en la que sufrió una conmoción estética al descubrir la asombrosa y misteriosa mole de la Sagrada Familia. Cuando tras su experiencia en el País Vasco, regresa en el 92 a Barcelona se interesa por conocer más profundamente las esencias catalanas. Para ello recurre a historiadores, novelistas (Mendoza, Vázquez Montalbán, Marsé, Rodoreda, Rusiñol), cantantes (Llach, Raimon), poetas (Ausias March, Espriu y Margarit) e historiadores. De las recomendaciones que le dan —que sirven también a los lectores de la novela, puesto que van acompañadas de breves reseñas sobre sus contenidos y orientación— destaca el historiador Vicens Vives.

Vicens Vives defendía la necesidad de esforzarse por conocer quiénes habían sido y quiénes eran los catalanes. Sólo con ese conocimiento era posible construir el lugar que a Cataluña corresponde en el marco de la sociedad occidental y de la españolidad de Cataluña⁶⁶. De Vives también aprende la dualidad del espíritu catalán (el campesino y el marinero, el apegado a su terruño y el aventurero), el pactismo de origen feudal que configuraba el vasallaje catalán y el duelo entre el *seny* (la sensatez, la prudencia, el pragmatismo) y la *rauxa* (la rabia, la exaltación o la furia). Esta segunda es la que explica el impulso revolucionario catalán y la tendencia «a promover vanas algaradas en las que se desbordaba el torrente de las emociones, por razones muchas veces inconsistentes y en los momentos más inoportunos, conduciendo a fracasos estrepitosos que reabastecían la melancolía nacional»⁶⁷. También explica la inesperada radicalización de una parte mayoritaria del catalanismo. Inesperada

64 SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 470.

65 SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 273.

66 SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 95 y p. 196.

67 SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 97.

porque, como indica Bevilacqua, en los años noventa «nada hacía temer que el independentismo subsistente, minoritario o incluso marginal, pudiera algún día conducir a ninguna forma de ruptura»⁶⁸.

Quien ofrece una explicación plausible a esa metamorfosis es el escritor Gabriel Altavella, con quien conversa Bevilacqua al final de la novela. Altavella es un escritor nacionalista desencantado con la deriva del *procés*. A su juicio la conexión de las diversas corrientes catalanistas, las moderadas y las radicales, puso en marcha un movimiento que en un momento dado se va de las manos al ser pilotado por los más exaltados, mientras que los moderados «se ven intimidados por ese furor patriótico y callan, o callamos para que el tsunami no se nos lleve por delante». Y añade un mito fundacional que explica esa dualidad catalana, entre el *seny* y la *rauxa*, entre el prudente y pragmático emprendedor y el furibundo revolucionario. Quienes llegaron a Ampurias pertenecían a Focea, una colonia que fue conquistada por los persas. Una parte de los foceos se sometieron al emperador persa. Otros juraron abandonar para siempre la ciudad para no vivir como siervos. Pero antes de la partida, vulnerando el acuerdo de rendición, masacraron a la guarnición persa. Y concluye Altavella⁶⁹:

«De aquellos navegantes despiadados y alérgicos a la servidumbre venimos los catalanes, pero también de sus conciudadanos que a la hora de la verdad prefirieron someterse al persa. La llama que vino de Focea con los que levantaron Ampurias, y que transmitía a la colonia el fuego de la polis fundadora, traía esa mezcla de pragmatismo y cólera, diligencia y caos».

Y esa metáfora es la que para Bevilacqua mejor modo ilustra lo sucedido en esa Cataluña en llamas: ver «la llama de Focea detrás de su rebeldía hacia sus mayores, detrás de la revuelta de los airados contra el imperio de la ley, detrás, incluso, de esas hogueras urbanas que durante días habían incendiado las plazas y las calles de Barcelona»⁷⁰.

6. BEVILACQUA SENEQUISTA: EL MÉTODO ESTOICO PARA ALCANZAR LA FELICIDAD

En estos tiempos convulsos el estoicismo se ha revitalizado al ponerse de moda entre los terapeutas, los *coach* de la gente bien, los *influencers* y hasta entre los gurús de Silicon Valley. Rubén Bevilacqua, sin embargo, ha sido estoico desde que lo conocemos. En anteriores novelas se pudo constatar la influencia de Marco Aurelio y de Epicteto en su pensamiento y en sus actuaciones⁷¹. En *La llama de Focea*, en cambio, Bevilacqua se ha mostrado más senequista que nunca, muy especialmente, al practicar el método estoico para alcanzar la felicidad en este mundo.

68 SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 341.

69 SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 539.

70 SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 540.

71 El reflejo de las ideas de Marco Aurelio y de Epicteto en las novelas de Bevilacqua puede verse en LAGUNA MARISCAL, G., «Bilis negra en la novela negra: la melancolía estoica en la novela policíaca de Lorenzo Silva», en *Melancolía y depresión en la literatura española* (Rodríguez, S., ed.), Peter Lang, Berlín, pp. 184 y ss.

Bevilacqua es el hombre del sentido común y de la sensatez. Austero y moderado en sus gustos y en sus ambiciones, tiene la duda como método, la serenidad como respuesta a los contratiempos y la autocrítica como contrapeso de los éxitos —propios o ajenos— que siempre relativiza. Pero quizá lo que mejor caracteriza a Bevilacqua es una actitud y un carácter estoicos.

Se ha señalado que el estoicismo de Bevilacqua se manifiesta en un estado crónico de melancolía derivada de su visión negativa y pesimista del mundo, de la sociedad y de sí mismo, que no le conduce al derrotismo y al negativismo, sino a una resignación activa que le lleva al cumplimiento de sus deberes profesionales y familiares⁷².

En mi opinión, Bevilacqua más que tener una visión pesimista del mundo y de la sociedad tiene la visión de un realista bien informado. No hay que olvidar que su profesión le obliga a enfrentarse a las más estremecedoras consecuencias (asesinatos, corrupción, trata de seres humanos) de los peores instintos de la humanidad (avaricia, soberbia, envidia, etc.). Además, frente a la amargura que ello le pudo provocar cuando era joven, en la madurez ha sabido aceptar la conformación caótica del mundo⁷³.

Tampoco creo que tenga una opinión negativa de sí mismo. Más bien sucede que Bevilacqua no oculta sus errores y sus debilidades y, sobre todo, no busca justificaciones externas para ello. Como afirmó Seneca, el conocimiento de uno mismo es necesario para saber cuáles son los límites de nuestras capacidades y para nuestra tranquilidad de espíritu⁷⁴. En esta novela, Bevilacqua muestra que el conocimiento de uno mismo es esencial para aprender de los propios errores⁷⁵ y para poder aceptarse como se es y, de esa manera, poder afrontar las penalidades y alegrías de la vida. Considera, además, que tarde o temprano, todo el mundo tiene que enfrentarse a esa diferencia entre lo que uno piensa que es y lo que realmente es: «A todos nos cuesta aceptar que no somos lo que nos gustaría, pero no hay nadie que no acabe viéndose cara a cara con la realidad. Unos más pronto, otros al final. La vida no te deja irte sin descubrirla»⁷⁶.

Me parece evidente que el crítico conocimiento de las cosas no lleva a Bevilacqua a la apatía o el derrotismo, sino que acepta que cumplir aquello que está en su mano y de lo que es responsable es a lo máximo a lo que se puede aspirar. Comenzando por su actividad profesional. Rubén es un funcionario ejemplar por su vocación de servicio, lo cual se adecúa perfectamente al cuerpo al que pertenece ya que, como suele recordar con frecuencia, la Guardia Civil nació con un espíritu de servicio y auxilio a los ciudadanos⁷⁷.

72 LAGUNA MARISCAL, G., «Bilis negra en la novela negra: la melancolía estoica en la novela policíaca de Lorenzo Silva», cit., p. 187.

73 «Hacía ya mucho, por suerte, que había dejado atrás la ilusión de habitar un cosmos ordenado y coherente, y más aún la de tener alguna esperanza de alcanzar en él una posición desahogada y firme» (SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 56).

74 En su diálogo «Sobre la tranquilidad del espíritu», Séneca aconseja que «ante todo es preciso valorarse a sí mismo, porque generalmente nos imaginamos poder más de lo que podemos» (SÉNECA, *Diálogos*, Biblioteca Básica Gredos, Madrid, 2001, p. 242).

75 «De lo que se aprende de verdad es del escarmiento en cabeza propia. El que juzga desde arriba y desde fuera está condenado a ser un ignorante» (*La llama de Focea*, cit., p. 485).

76 SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 310.

77 SILVA, L., *El mal de Corcira*, cit., p. 92.

Su compromiso familiar también figura entre sus prioridades vitales y le ayuda a soportar la incoherencia y contradicciones de la existencia. La retrospectiva que esta novela ofrece sobre su vida se revela algunos de sus errores y, también, de los aciertos que ha tenido con sus familiares y amigos. Y, al final, de la misma, subraya la importancia esencial que tienen y la necesidad de disfrutar de ellos mientras se pudiera⁷⁸:

«Y volví a comprender, mientras miraba a esas personas que eran todo lo que tenía, que la vida era maravillosa porque me las regalaba, y a la vez porque todo era fugaz y estábamos condenados a perderlo, ellas y yo, cualquier día, y para siempre».

El estudio es otra de las actividades que Séneca recomendaba para la tranquilidad del espíritu: «Si te consagras a los estudios habrás eludido todo el hastío de la vida y no ansiarás que se haga de noche por tu aburrimiento de la luz, no serás molesto para ti ni innecesario para los demás; a muchos atraerás a tu amistad y acudirán a ti los mejores»⁷⁹. También se aplica al estudio Bevilacqua. Conocido es su hábito de profundizar en la idiosincrasia de los lugares y culturas en los que tiene que sumergirse en cada investigación. En este caso, como se ha visto, estudia la historia de Cataluña a partir de lo que han escrito historiadores, poetas y novelistas catalanes, sin que falten tampoco músicos y otros artistas. En el estudio y en el arte encuentra también Bevilacqua reposo para su inquieta alma: «solo la poesía —afirma en esta novela—, aunque a menudo se olvide, puede sacar de la desgracia algo que reconforte»⁸⁰.

Un último precepto de Séneca sigue Bevilacqua. El de desahogar el espíritu mediante algún tipo de diversión: «El que vive amargado y quitándose todo lo que da gusto, acaba sirviendo de muy poco al resto»⁸¹. Decía Séneca que no hay que «mantener regularmente la mente con la misma tensión, sino que hay que incitarla a los esparcimientos (...) Hay que dar un desahogo a los espíritus: tras descansar se levantan más dispuestos y más vivaces». Además, como señaló el sabio cordobés, la tendencia a la diversión es completamente natural: «La afición de los hombres no tendería tanto al esparcimiento si la diversión y el juego no entrañaran un cierto placer natural»⁸².

Pues bien, a pesar de ser la novela más introspectiva, reflexiva y melancólica de Bevilacqua, termina con una última reflexión sobre la necesidad de disfrutar de los momentos felices de la vida⁸³:

«No hay nada más humano que recoger y saborear el fruto del hoy, sobre todo si el mañana amenaza tormenta. En eso se resume la existencia: en apurar la alegría que el tiempo aniquilará».

7. BIBLIOGRAFÍA

ALENZA GARCÍA, J. F. et al., *El Derecho en la obra de Lorenzo Silva*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

78 SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 542.

79 SÉNECA, *Diálogos*, cit., p. 237.

80 SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 540.

81 SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 345.

82 SÉNECA, *Diálogos*, cit., pp. 267-268.

83 SILVA, L., *La llama de Focea*, cit., p. 468.

- ALENZA GARCÍA, J. F., «Lo jurídico y los juristas en la obra de Lorenzo Silva», en *El Derecho en la obra de Lorenzo Silva*, (ALENZA GARCÍA, J. F., dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 351-394.
- ALENZA GARCÍA, J. F., «Ulpiano vence al odio: la victoria del Estado de Derecho sobre el terrorismo a la luz de *El mal de Corcira* de Lorenzo Silva», *Anamorphosis: Revista Internacional de Derecho e Literatura*, núm. 7, 2021, pp. 39-64.
- GALÁN GALÁN, A., «Del derecho a decidir a la independencia: la peculiaridad del proceso secesionista en Cataluña», *Instituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici*, núm. 4, 2014, pp. 885-907.
- LAGUNA MARISCAL, G., «Bilis negra en la novela negra: la melancolía estoica en la novela policíaca de Lorenzo Silva», en *Melancolía y depresión en la literatura española* (RODRÍGUEZ, S., ed.), Peter Lang, Berlín, pp. 175-190.
- PÉREZ DE LOS COBOS HERNÁNDEZ, E., «Desafío del independentismo catalán al Estado autonómico», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 55, 2020, pp. 280-364.
- SÉNECA, «Sobre la tranquilidad del espíritu», en *Diálogos*, Biblioteca Básica Gredos, Madrid, 2001.
- SILVA, L., *Nadie vale más que otro*, Ediciones Destino, Madrid, 2004.
- SILVA, L., *El mal de Corcira*, Ediciones Destino, Madrid, 2020.
- SILVA, L., *La llama de Focea*, Ediciones Destino, Madrid, 2022.

GROUCHO MARX Y LA IMPORTANCIA DEL SINALAGMA CONTRACTUAL PARA LA INTERPRETACIÓN Y EFICACIA DE LOS PACTOS

GROUCHO MARX AND THE IMPORTANCE OF CONTRACTUAL RECIPROCITY FOR THE
INTERPRETATION AND ENFORCEMENT OF AGREEMENTS

Diego Fierro Rodríguez

Letrado de la Administración de Justicia

RESUMEN:

En este artículo se examina la importancia del sinalagma contractual, principio fundamental del derecho de obligaciones, a través del análisis de una escena de *Una noche en la ópera* protagonizada por Groucho Marx. Se explora cómo el sinalagma contractual garantiza la equidad y reciprocidad en las relaciones contractuales, y se resaltan las implicaciones legales de su existencia. Mediante una serie de reflexiones, se destaca la relevancia de este principio para la protección de los derechos y la justa ejecución de los contratos.

ABSTRACT:

In this article, the importance of contractual reciprocity, a fundamental principle of contract law, is examined through the analysis of a scene from the movie *A night at the opera* starring Groucho Marx. It explores how contractual reciprocity ensures equity and reciprocity in contractual relationships, and highlights the legal implications of its existence. Through a series of reflections, the relevance of this principle for the protection of rights and the fair execution of contracts is emphasized.

PALABRAS CLAVE:

Sinalagma contractual, Groucho Marx, Ricardo Baroni, equidad, reciprocidad, relaciones contractuales, obligaciones, derechos, contratos.

KEYWORDS:

Contractual reciprocity, Groucho Marx, Ricardo Baroni.

SUMARIO:

1. Introducción
2. Aspectos fundamentales del contrato
 - 2.1. El contrato como institución fundamental del sistema económico
 - 2.2. Aspectos básicos de la regulación del contrato en el Código Civil
3. La falta de definición precisa para el sinalagma contractual y una nota sobre los tipos de contrato según los condicionantes para su existencia
4. El sinalagma genético y el sinalagma funcional
5. Breves notas sobre la causa de los contratos
 - 5.1. Aspectos elementales de la causa en el Código Civil
 - 5.2. Las consecuencias de la causa ilícita en los contratos
 - 5.3. Cuando la causa se envenena: los negocios jurídicos criminalizados
6. El caso de Groucho Marx en Una noche en la ópera
7. La importancia de Una noche en la ópera para la interpretación de los contratos
 - 7.1. Consideraciones generales sobre las normas del Código Civil sobre interpretación de los contratos
 - 7.2. Una norma interpretativa pensada especialmente pensada para los contratos sinalagmáticos: el artículo 1289 del Código Civil
 - 7.3. Groucho ante las reglas de la lógica interpretativa de los contratos
8. Unas notas sobre la cláusula rebus sic stantibus a la luz de la base de las estipulaciones del contrato
9. La buena redacción de los contratos en el seno de la negociación como un elemento para facilitar su interpretación a partir de las enseñanzas de Groucho
10. La reducción de litigiosidad como principal ventaja de la claridad en los términos de los contratos
11. Conclusión
12. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

El sinalagma contractual es una institución fundamental en el Derecho contractual que establece la relación recíproca entre las obligaciones de las partes involucradas en un contrato. Este concepto ha sido objeto de análisis y debate en el ámbito jurídico, especialmente en el ordenamiento jurídico español, donde ha sido abordado por la doctrina y los juzgados y tribunales.

En primer lugar, es importante comprender el significado y alcance del sinalagma contractual. El término «sinalagma» proviene del griego y se refiere a la reciprocidad de las obligaciones¹. En el ámbito del Derecho contractual, el sinalagma implica que las obligaciones de las partes contratantes están interconectadas, de modo que el cumplimiento de una obligación

1 Véase lo afirmado en TORRES VÁSQUEZ, A.: *Teoría general del Contrato*, Tomo I, Pacífico editores, 2012, p. 169. Concretamente, este autor llega a manifestar lo siguiente: «*si se obliga una sola de las partes es unilateral, como la donación, y si se obligan ambas partes es bilateral (de bis, dos veces, y lateral o sinalagmático, palabra griega synallagmatikos, que implica "cambiar", "cambiando" unos con otros)*».

está condicionado al cumplimiento de la otra. Es decir, existe una relación de dependencia y reciprocidad entre las prestaciones contractuales².

El Código Civil español aborda el sinalagma contractual en su regulación de los contratos. Si bien el Código Civil no define expresamente el concepto de sinalagma, hace referencia a las obligaciones recíprocas y recoge los principios generales para su interpretación y cumplimiento, especialmente en relación con sus artículos 1100, 1120, 1124, 1795, 1279, 1289 y 1303. De acuerdo con el Código Civil, las obligaciones recíprocas deben ser cumplidas de manera simultánea o, desde luego, con arreglo al artículo 1113, a menos que exista una excepción fijada por los usos del tráfico o el pacto entre las partes. Asimismo, el Código Civil establece que el incumplimiento de una obligación recíproca puede dar lugar a la resolución o modificación del contrato a tenor de su artículo 1124.

Siguiendo la sistemática de CLEMENTE MEORO, debe decirse que el Código Civil hace referencia a las «obligaciones recíprocas» o aquellas que imponen «recíprocas prestaciones» en los artículos 1100, 1120 y 1124, preceptos de los que se derivan las siguientes particularidades para las obligaciones sinalagmáticas³:

- a) En cuanto a la mora, si tenemos obligaciones recíprocas, ninguno de los involucrados incurre en mora si el otro no cumple o se compromete a cumplir debidamente lo que le corresponde. En otras palabras, la mora para uno de los obligados comienza cuando el otro cumple con su obligación.
- b) En el caso de las obligaciones recíprocas de dar que están sujetas a una condición suspensiva, el cumplimiento de la condición implica que los frutos e intereses correspondientes al tiempo en que la condición estuvo pendiente se compensen entre sí.
- c) Si uno de los obligados no cumple con su parte, de acuerdo con el artículo 1124, el otro tiene la facultad de resolver el contrato y solicitar el resarcimiento por los daños y perjuicios. Sin embargo, no todos los incumplimientos en un contrato recíproco permiten su resolución, sino solo aquellos que tengan cierta contundencia.
- d) En una obligación recíproca, el deudor puede negarse a cumplir si su acreedor, quien igualmente tiene obligaciones que cumplir, no lo ha hecho o lo ha hecho de manera defectuosa. Estas negativas se conocen como excepciones de contrato no cumplido («*exceptio non adimpleti contractus*») y de contrato defectuosamente ejecutado («*exceptio non rite adimpleti contractus*»). Aunque no se mencionen explícitamente en el código, se derivan de los preceptos de los artículos 1100, 1466, 1467, 1500 y 1502 del Código Civil.

Además de la regulación normativa, la jurisprudencia española ha desempeñado un papel importante en la interpretación y desarrollo del sinalagma contractual. A través de sentencias, los jueces y tribunales han establecido criterios y principios para determinar la existencia y alcance del sinalagma en casos concretos. La jurisprudencia ha diferenciado entre el sinalagma genético, que se refiere al momento en que se perfecciona la relación obligatoria y las prestaciones de las partes constituyen la causa de la obligación de la otra parte, y el sina-

2 Esta dependencia se puede contrastar muy fácilmente en la redacción del artículo 1274 del Código Civil.

3 CLEMENTE MEORO, M. E.: «Concepto y fuentes de las obligaciones», *Derecho civil II: obligaciones y contratos*. Coord. por de VERDA Y BEAMONTE, J. R., 2021, pp. 17-32, p. 28.

lagma funcional, que implica que ambas prestaciones deben cumplirse simultáneamente, salvo excepciones establecidas⁴.

Es interesante destacar que el sinalagma contractual no solo ha sido abordado desde una perspectiva estrictamente jurídica, sino que también ha sido objeto de reflexión desde un enfoque más ameno y humorístico. Un ejemplo destacado en este sentido es la figura de Groucho Marx y su famosa parodia del lenguaje administrativo en la película *Una noche en la ópera*. A través de esta escena cómica, Groucho Marx juega con la redundancia y la confusión lingüística para resaltar la complejidad y el absurdo de algunos contratos, pues, aunque esta representación tiene un enfoque humorístico, ofrece una perspectiva interesante para reflexionar sobre las dificultades y malentendidos que pueden surgir en la redacción y negociación de los contratos en la vida real⁵.

2. ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL CONTRATO

2.1. El contrato como institución fundamental del sistema económico

El contrato, como institución jurídica, reviste una enorme trascendencia en el ámbito económico, ya que constituye el pilar fundamental sobre el cual se desarrolla la dinámica propia del tráfico jurídico-privado⁶. Su relevancia se deriva de la función esencial que desempeña en la regulación de las relaciones entre las partes involucradas, proporcionando seguridad y certeza en las transacciones civiles y mercantiles⁷.

En primer lugar, es importante destacar que el contrato es la herramienta legal por excelencia para la manifestación de la autonomía de la voluntad de los individuos. A través del contrato, las partes tienen la capacidad de establecer libremente los términos y condiciones de su relación, adaptándolos a sus necesidades y objetivos particulares. Este ejercicio de autonomía garantiza la libertad de las partes para pactar acuerdos personalizados, ajustados a sus intereses y circunstancias específicas, si bien es cierto que hay que atender a los límites de la autonomía de la voluntad⁸.

4 Esta cuestión se analizará con más desarrollo en páginas siguientes.

5 Siempre es importante ver aspectos propios del Derecho en clave de humor, más si no ofenden. CALVO GONZÁLEZ, J.: «Libertad de expresión y "libertad cómica"», *Dikaioyne: revista semestral de filosofía práctica*, n.º. 18, 2007, pp. 23-42, pp. 27 a 29.

6 DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, L.: *Sistema de Derecho civil*, Tecnos, 1983, pp. 29 y 31.

7 Véase lo declarado en PLATA LÓPEZ, L. C.: «La naturaleza social y económica del contrato», *Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, n.º. 23, 2005, pp. 97-110, pp. 99 a 101.

8 Es aquí donde ostenta gran importancia la aplicación del artículo 1255 del Código Civil. Véase al respecto lo explicado en DE CASTRO Y BRAVO, F.: «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *Anuario de derecho civil*, vol. 35, n.º. 4, 1982, pp. 987-1086, pp. 1051 a 1067.

Además de su función en la concreción de la voluntad de las partes, el contrato cumple un papel fundamental en la asignación eficiente de los recursos económicos. Al establecer los derechos y obligaciones de las partes involucradas, el contrato permite la planificación y coordinación de actividades económicas, promoviendo la eficiencia y la productividad en la asignación de recursos. Asimismo, el contrato facilita la transferencia de bienes y servicios, fomentando el intercambio y el desarrollo de la actividad económica⁹.

En este sentido, el contrato es una herramienta indispensable para el desarrollo y funcionamiento de los mercados. Proporciona confianza y seguridad jurídica a los agentes económicos, incentivando el consumo, la inversión, la creación de empresas y la generación de empleo. La existencia de un marco contractual claro y estable contribuye a la estabilidad económica, fomentando la cooperación entre las partes y promoviendo el desarrollo de relaciones mercantiles a largo plazo.

El contrato también desempeña un papel crucial en la protección de los intereses de las partes involucradas. A través de su formalización, principalmente cuando se consagra por escrito, el contrato permite dejar constancia de los acuerdos alcanzados, otorgando evidencia que respalda los derechos y obligaciones de las partes¹⁰. En caso de controversias o incumplimientos, el contrato se convierte en un instrumento fundamental para resolver conflictos y hacer valer los derechos de las partes ante los órganos jurisdiccionales¹¹.

No obstante, la importancia del contrato no se limita únicamente a su función económica. También tiene un impacto significativo en la esfera social y en la protección de los valores fundamentales de la sociedad. A través del contrato, se promueven principios como la igualdad, la justicia y la buena fe, que son pilares del ordenamiento jurídico como se infiere de las nociones del artículo 1258 del Código Civil, algo que se infiere de las limitaciones impuestas a la autonomía de la voluntad por lo que se ha llegado a denominar orden público económico en palabras de FARJAT¹². Asimismo, el contrato brinda mecanismos para regular y proteger intereses como los derechos de propiedad, la privacidad, la libertad contractual y otros derechos fundamentales de las personas.

Es importante destacar que la importancia del contrato no radica únicamente en su existencia formal, sino también en su correcta interpretación y aplicación. La interpretación adecuada de los contratos es fundamental para asegurar la eficacia y equidad de los acuerdos alcanzados. La labor interpretativa permite determinar la verdadera voluntad de las partes, desentrañando el sentido y alcance de las cláusulas contractuales, especialmente cuando existen ambigüedades o lagunas en su redacción.

9 GONZÁLEZ TRIGO, N. A.: *La libre circulación de bienes y servicios como sostén ideológico del fenómeno globalizador desarrollado desde el Derecho Romano hasta la actualidad*, Tesis doctoral dirigida por RODRÍGUEZ ENNES, L. (dir. tes.), Universidade de Vigo, 2021, pp. 46 y 47.

10 Son especialmente relevantes las previsiones contenidas en los artículos 1278 a 1280 del Código Civil, si bien es cierto que no se puede olvidarse tampoco lo establecido en reglas especiales, como el artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores o el artículo 6 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

11 Debe atenderse al valor probatorio de los documentos contractuales, si bien es cierto que cobran los artículos 299 y 324 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

12 FARJAT, G.: *L'ordre public économique*, Librairie Général de Législation et Jurisprudence, 1963, pp. 77 a 80.

2.2. Aspectos básicos de la regulación del contrato en el Código Civil

Al contrato se hace referencia en numerosos preceptos del Código Civil, si bien es cierto que destacan especialmente los artículos 1089, 1091, 1254, 1255, 1258 y 1274 de la referida norma. El artículo 1091 del Código Civil se distingue de otros preceptos que desarrollan las disposiciones del artículo 1089 del mismo cuerpo legal¹³. A diferencia de los artículos 1092 y 1093, que son principalmente normas de remisión, y del artículo 1090, que establece criterios sobre la existencia de obligaciones legales, el artículo 1091 se centra en los efectos de las obligaciones derivadas de contratos.

Es evidente que la interpretación del alcance del artículo 1091 no puede realizarse de manera aislada, sino que debe conectarse con lo establecido en otros artículos, como el 1254, 1255, 1258 y 1278 del Código Civil.

Si analizamos detenidamente, el artículo 1091 del Código Civil contiene elementos para desarrollar dos líneas distintas, aunque con numerosos puntos en común. Por un lado, se puede extraer de este artículo la fuerza vinculante del contrato, al aludir a la fuerza de ley entre las partes, que en el artículo 1254 se expresa a través del consentimiento en obligarse. Por otro lado, la referencia al cumplimiento del contrato tal y como se establece en sus términos constituye un elemento adicional que apunta al principio de autonomía privada.

El principio *pacta sunt servanda* establece que lo acordado y consentido por las partes en un contrato debe ser cumplido de manera obligatoria, siempre y cuando el contrato se haya celebrado en conformidad con la ley vigente y sin infringir normas imperativas. En general, el cumplimiento del contrato es obligatorio y solo en ciertos casos excepcionales se permite su incumplimiento. Este principio es un pilar fundamental en el Derecho de los contratos, y su efectividad se encuentra regulada en los artículos 1091, 1254 y 1255 del Código Civil. Si bien es cierto que el contrato se sostiene gracias al principio *pacta sunt servanda*, la idea de que el contrato es una fuente de obligaciones a partir del acuerdo o consentimiento de las partes ha evolucionado a lo largo de la historia, con la contribución de diversas corrientes de pensamiento. De hecho, el Derecho Romano no nos dejó esta concepción del contrato tal y como existe hoy en día.

La regulación del Derecho español de obligaciones y contratos establece que las partes deben someterse a lo estipulado en el contrato y establece reglas para la integración y la interpretación de los pactos en base a los artículos 1091, 1254 y 1255 del Código Civil. La integración se refiere a la determinación de la *lex privata*, es decir, todo lo que sea necesario para que los pactos sean efectivos. El Código Civil establece que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que consideren convenientes, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público. La interpretación de los contratos también es importante, y el Código Civil tiene varias reglas dirigidas a que se interpreten los

13 VERDERA SERVER, R.: «Artículo 1091. Obligaciones contractuales», *Código civil comentado*. CAÑIZARES LASO, A., de PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, F. J., y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (dirs.), vol. 3, 2011. Coord. por ORDUÑA MORENO, F. J., PLAZA PENADÉS, J., RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., pp. 43-48, p. 43.

pactos favoreciendo la existencia y cumplimiento de las cláusulas contractuales establecidas por las partes¹⁴.

El análisis de la jurisprudencia relacionada con el artículo 1091 del Código Civil presenta cierta paradoja. Se trata de una norma que se invoca con extraordinaria frecuencia ante el Tribunal Supremo, pero cuya trascendencia práctica es prácticamente nula. A este respecto, no hay que olvidar que el artículo 1091 del Código Civil es un precepto programático para fijar un postulado esencial¹⁵, en tanto que proclama que los contratos tienen fuerza de ley para las partes contratantes y deben ser cumplidos. No obstante, esta «fuerza de ley» siempre estará limitada por las disposiciones legales que restringen la autonomía de la voluntad y que beben directamente del Derecho Civil francés¹⁶.

Debe tenerse presente que el Tribunal Supremo ha reafirmado la importancia y aplicabilidad del principio *pacta sunt servanda* en el ámbito jurídico. Las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala I) 585/2006, de 14 de junio, 170/2010, de 31 de marzo, 470/2010, de 2 de julio, entre otras, han establecido que el principio *pacta sunt servanda* debe ser respetado y valorado, reconociendo la potencialidad creadora de los contratantes, tal como se establece en el artículo 1255 del Código Civil.

El artículo 1091 del Código Civil, por su parte, establece el efecto vinculante de la *lex privata* o ley privada, que se refiere a los contratos celebrados entre las partes. Según este artículo, los acuerdos privados tienen fuerza de ley para las partes involucradas, lo que significa que las obligaciones asumidas en un contrato deben ser cumplidas, salvo que existan circunstancias excepcionales o causas justificadas para su incumplimiento.

En este contexto, el principio *pacta sunt servanda* refuerza la seguridad jurídica en las relaciones contractuales, ya que garantiza que las partes puedan confiar en que los acuerdos a los que han llegado serán respetados y cumplidos¹⁷. Este principio se basa en la idea de que las partes son libres de negociar y acordar los términos de su contrato, y una vez que lo han hecho de manera voluntaria y consciente, deben cumplir con las obligaciones establecidas¹⁸.

14 Por ejemplo, si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, se deberá entender en el más adecuado para que produzca efecto, con arreglo al artículo 1284 del Código Civil.

15 CAPEL DORADO, P.: *Pacta sunt servanda y rebus sic stantibus: ¿normas, cláusulas o postulados fundamentales?*, *Economist & Jurist*, 2021. Recuperado de <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/pacta-sunt-servanda-y-rebus-sic-stantibus-normas-clausulas-o-postulados-fundamentales/> (consultado el día 3 de julio de 2023).

16 ESPÍN CÁNOVAS, D.: «Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites de la autonomía de la voluntad de la doctrina francesa», *Anuario de derecho civil*, vol. 16, n.º. 3, 1963, pp. 783-820, p. 784.

17 Ello debe acompañarse, además, de una potente Administración de Justicia que pueda resolver los conflictos intersubjetivos de un modo eficiente y efectivo para evitar situaciones que lleven a fomentar el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos. Véase en este sentido lo señalado en FIERRO RODRÍGUEZ, D.: «Riesgos de la pretendida privatización de la ejecución civil por los procuradores», *Economist & Jurist*, 2022. Recuperado de <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/riesgos-de-la-pretendida-privatizacion-de-la-ejecucion-civil-por-los-procuradores/> (consultado el día 3 de julio de 2023).

18 En este sentido, y sin perjuicio de lo indicado en el artículo 1258 del Código Civil sobre la integración de los contratos, se puede hacer alusión a la doctrina de los actos propios. Las Sentencias

Sin embargo, es importante tener en cuenta que existen ciertas circunstancias en las que el principio *pacta sunt servanda* puede ser objeto de excepciones. Estas excepciones pueden incluir situaciones de incumplimiento grave o de imposibilidad sobrevenida que hagan imposible o injusto el cumplimiento del contrato. En tales casos, el principio *pacta sunt servanda* puede ceder frente a otros elementos o normas que busquen equilibrar los intereses de las partes y garantizar la justicia en la relación contractual¹⁹.

del Tribunal Supremo 201/2015, de 9 de abril, y 519/2015, de 6 de octubre, explican la jurisprudencia de la Sala Primera fijada sobre la cuestión en un sentido muy claro y preciso: «La doctrina de los propios actos, como dice la sentencia de esta Sala núm. 936/2006 de 6 octubre, tiene su fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe (Sentencias de 25 de octubre y 28 de noviembre de 2000) pues se falta a la buena fe en sentido objetivo, es decir, como exigencia de lealtad y honestidad en los tratos y en el ejercicio de los derechos (artículo 7.1 Código Civil) cuando se va contra la resultancia de los propios actos (Sentencias de 16 de julio y 21 de septiembre de 1987, 6 de junio de 1992, etc.), pero ello exige que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, esclarecer, modificar o extinguir una determinada situación que afecta jurídicamente a su autor, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca, de modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción, con el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior (Sentencias de 9 de mayo de 2000, 27 de febrero, 16 de abril y 24 de mayo de 2001, 25 de enero de 2002, entre otras muchas), por lo que no es de aplicación cuando los precedentes fácticos que se invocan tienen carácter ambiguo o inconcreto (Sentencias de 23 de julio de 1997 y 9 de julio de 1999) o carecen de trascendencia para producir el cambio jurídico (Sentencias de 28 de enero de 2000, 7 de mayo de 2001, 25 de enero de 2002) y, aún menos, cuando el cambio de actitud obedece a una reacción ante nuevos hechos o actos».

- 19 ZURILLA CARIÑANA, M. A.: «Resolución de contratos por imposibilidad de obtener crédito. Paro, caída de precios, recortes presupuestarios y ejecución del contrato, ¿eficacia de la cláusula *rebus sic stantibus*?», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º. 7, 2013, pp. 218-227, p. 221. Precisamente, destacan sobre la cuestión los pronunciamientos contenidos en ALFARO ÁGUILA REAL, J., y GARICANO, L.: «El legislador bondadoso en la epidemia», *Almacén de Derecho*, 3 de abril de 2020. Recuperado de <https://almacenederecho.org/el-legislador-bondadoso-en-la-epidemia> (consultado el día 30 de julio de 2023). Igualmente, resalta lo expuesto sobre las normas especiales que se aprobaron durante el estado de alarma aprobado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que se recogen claramente en CAÑIZARES LASO, A.: «La aplicación de la *rebus sic stantibus* en la normativa de estado de alarma», *Contratos y negocios afectados por la normativa del estado de alarma*. Coord. por SANJUÁN Y MUÑOZ, E. 2020, pp. 63-94. Los postulados de la normativa ya se basaban en la jurisprudencia más reciente sobre la cláusula *rebus sic stantibus*, analizados con matices valorativos interesantes en CASTIÑEIRA JEREZ, J.: «Hacia una nueva configuración de la doctrina *rebus sic stantibus*: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º. 4, 2014, 26, pp. 5 a 12, e YZQUIERDO TOLSADA, M.: «La cláusula “*rebus sic stantibus*” no puede dar tanto de sí», *Hay Derecho*, 3 de noviembre de 2014. Recuperado de <http://hayderecho.com/2014/11/03/la-clausula-rebus-sic-stantibus-no-puede-dar-tanto-de-si/> (consultado el día 1 de julio de 2023).

3. LA FALTA DE DEFINICIÓN PRECISA PARA EL SINALAGMA CONTRACTUAL Y UNA NOTA SOBRE LOS TIPOS DE CONTRATO SEGÚN LOS CONDICIONANTES PARA SU EXISTENCIA

La falta de una definición precisa del sinalagma contractual ha llevado a que diferentes teorías y enfoques hayan surgido en el ámbito jurídico para tratar de abordar esta cuestión. Algunos juristas sostienen que el sinalagma debe entenderse como una relación de interdependencia entre las obligaciones de las partes, de modo que el cumplimiento de una prestación está condicionado al cumplimiento de la otra. Esta interpretación se basa en la idea de que las partes contratantes asumen obligaciones en virtud de un acuerdo mutuo y que el incumplimiento de una de estas obligaciones puede afectar la relación contractual en su conjunto.

Por otro lado, existen quienes consideran que el sinalagma contractual debe ser entendido como una relación de causa y efecto entre las obligaciones recíprocas. Según esta visión, cada prestación realizada por una parte constituye la causa que motiva la obligación de la otra parte. En este sentido, las prestaciones se consideran como un contravalor o contraprestación que permite mantener el equilibrio y la reciprocidad en el contrato. Esta interpretación se basa en la noción de que las partes están obligadas a cumplir con sus prestaciones en virtud de la relación causal que se establece entre ellas.

Resaltan en este ámbito unas palabras de FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL: «La reciprocidad es la esencia del contrato y la causa de la obligación, por lo que si una de las partes no cumple su obligación ésta deviene automáticamente sin causa»²⁰. Igualmente, se puede vislumbrar la complejidad conceptual del sinalagma con su delimitación atendiendo a los planteamientos de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, que llega a señalar que, en ocasiones, la doctrina también habla de contratos sinalagmáticos para hacer alusión a los contratos onerosos, a pesar de que no tienen por qué originar necesariamente obligaciones recíprocas, aunque ello permite inferir la pretensión de incluir todos los contratos onerosos en el ámbito de aplicación de la acción de resolución regulada en el artículo 1124 del Código Civil²¹, sin que deba olvidarse igualmente la previsión del artículo 1504 de la misma norma.

Es importante destacar que la jurisprudencia española ha abordado el tema del sinalagma contractual en diversas sentencias, proporcionando ciertas pautas interpretativas en ausencia de una definición precisa en la legislación. Por ejemplo, la Sentencia de 15 de marzo de 1979 hace referencia al sinalagma funcional o interdependencia como una característica

20 FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M. A.: *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Wolters Kluwer, 1998, p. 21.

21 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Introducción al derecho de contratos», *Tratado de contratos*. Coord. por MORALEJO IMBERNÓN, N. I. y QUICIOS MOLINA, M. S.; RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), vol. 1, 2020, pp. 107-139, p. 128.

de las obligaciones recíprocas. En esta sentencia, se establece que el cumplimiento de las obligaciones debe ser simultáneo y que existe una relación de interdependencia entre las prestaciones de las partes.

Ya desde la óptica del Derecho Romano²², se puede distinguir entre contratos sinalagmáticos perfectos y contratos sinalagmáticos imperfectos. Dentro del ámbito de los contratos, es posible realizar una clasificación entre contratos sinalagmáticos perfectos e imperfectos. Esta distinción se basa en el momento en el que ambas partes adquieren sus obligaciones contractuales.

Los contratos sinalagmáticos perfectos son aquellos en los cuales ambas partes se encuentran obligadas desde el momento mismo de la celebración del contrato. En otras palabras, ambas partes asumen compromisos y responsabilidades desde el inicio del acuerdo. Este tipo de contratos implica un intercambio recíproco de obligaciones y beneficios, pues ambas partes se comprometen a cumplir con sus respectivas prestaciones desde el momento en que se perfecciona el contrato²³. Por ejemplo, en un contrato de compraventa, el vendedor se compromete a entregar el bien y el comprador se obliga a pagar el precio acordado²⁴.

Por otro lado, existen los contratos sinalagmáticos imperfectos, en los cuales una de las partes se encuentra obligada desde el principio, mientras que la obligación de la otra parte está sujeta a una circunstancia posterior que puede o no llegar a existir. En este caso, la obligación de una de las partes está condicionada a la realización de un hecho futuro e incierto. Hasta que dicha circunstancia no se produzca, la segunda parte no adquiere la obligación de cumplir con su parte del contrato. Un ejemplo común de contrato sinalagmático imperfecto es el contrato de opción, donde una parte tiene la opción de ejercer su derecho en el futuro, mientras que la otra parte está obligada a cumplir si se ejerce dicha opción.

Esta distinción entre contratos sinalagmáticos perfectos e imperfectos es relevante para comprender las dinámicas y obligaciones contractuales. Mientras que en los contratos sinalagmáticos perfectos ambas partes se encuentran obligadas desde el inicio, en los contratos sinalagmáticos imperfectos una de las partes tiene una obligación inmediata y la otra tiene una obligación condicionada a un evento futuro²⁵.

22 MORINEAU IDUARTE, M., e IGLESIAS GONZÁLEZ, R.: *Derecho romano*, Oxford, 2008, p. 178.

23 La perfección del contrato siempre ha suscitado algunas preguntas de gran interés en el Derecho Privado español. Sin embargo, se han ido añadiendo, por las nuevas tecnologías, interrogantes prácticos que resultan relevantes a nivel práctico. Puede comprobarse, en este sentido, lo señalado en OTERO COBOS, M. T.: «Manifestación del consentimiento y perfección del contrato a través de "smartphones"», *Desafíos actuales del derecho: Aportaciones presentadas al II Congreso Nacional de jóvenes investigadores en Ciencias Jurídicas*. Coord. por SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO, G., y PASTOR GARCÍA, A. M.; VALENCIA SÁIZ, Á. (dir.), 2020, pp. 1110-1121, p. 1114.

24 En todo caso, resultará absolutamente indispensable atender a la incidencia de las reglas sobre la pérdida de la cosa y la teoría de los riesgos para la determinación de la parte contratante que tiene que sufrir la pérdida de la cosa. A este respecto, debe atenderse a la exposición contenida en MORENO-TORRES HERRERA, M. L.: «Otros efectos de la pérdida fortuita», *Anuario de derecho civil*, vol. 49, n.º. 1, 1996, pp. 187-243, pp. 204 a 208.

25 Como puede comprobarse, en los contratos sinalagmáticos imperfectos existe cierto desequilibrio *ab initio*, pero, posteriormente, se produce un reequilibrio ante el evento que incide en el nacimiento de la obligación correlativa a la que nació en primer lugar.

4. EL SINALAGMA GENÉTICO Y EL SINALAGMA FUNCIONAL

A partir de la idea de sinalagma, se pueden inferir determinadas ideas que resultan indispensables para comprender el sistema de las obligaciones contractuales en España. Debe tenerse presente que la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala I) 301/1998, de 22 de abril, afirma que «en las obligaciones recíprocas, como recuerda la sentencia de 22 de abril de 2.004, el nexo causal o interdependencia de las prestaciones principales de las partes convierte a cada una en equivalente o contravalor de la otra, lo que se manifiesta no sólo en el momento estático de nacimiento de la relación —sinalagma genético—, sino también en el dinámico y posterior de su desenvolvimiento —sinalagma funcional—, en el cual la reciprocidad se proyecta, entre otros aspectos, sobre la exigibilidad de las prestaciones, de modo que, por virtud de la recíproca condicionalidad, ninguno de los contratantes está facultado para compeler al otro a que cumpla su prestación antes que él lo haga con la correlativa, tanto más si se hubiera pactado que el cumplimiento de ésta debía ser anterior».

El sinalagma genético se fundamenta en la idea de que las prestaciones recíprocas en un contrato deben ser la causa y el efecto entre las partes, es decir, la obligación de una parte surge como consecuencia directa de la prestación realizada por la otra parte²⁶. Este tipo de sinalagma busca mantener un equilibrio entre las prestaciones, ya que cada parte tiene la expectativa de recibir una contraprestación equivalente a la que realiza²⁷. Por ejemplo, en un contrato de compraventa, el vendedor tiene la obligación de entregar el bien vendido y el comprador tiene la obligación de pagar el precio acordado. El incumplimiento de una de estas prestaciones puede dar lugar a reclamaciones y al ejercicio de acciones ante el órgano jurisdiccional por parte de la parte perjudicada.

Por su parte, el sinalagma funcional establece que las prestaciones recíprocas deben cumplirse de manera simultánea, a menos que existan excepciones establecidas por los usos del tráfico o el pacto entre las partes²⁸. Ello implica que ambas partes deben cumplir con sus obligaciones de manera coordinada, de modo que el incumplimiento de una de ellas puede afectar la posibilidad de exigir el cumplimiento de la prestación correspondiente. Por ejemplo, en un contrato de arrendamiento, el arrendador tiene la obligación de proporcionar el uso y goce del inmueble al arrendatario, mientras que el arrendatario tiene la obligación de pagar el alquiler en los plazos acordados. El incumplimiento de una de estas prestaciones puede dar lugar a exigir el cumplimiento, la resolución del contrato o a la exigencia de indemnizaciones por daños y perjuicios²⁹.

26 ALBALADEJO CAMPOY, M. A.: «El sinalagma funcional en los contratos de compraventa de empresa», *Economist & Jurist*, 2021. Recuperado de <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-des-tacados/el-sinalagma-funcional-en-los-contratos-de-compraventa-de-empresa/> (consultado el día 2 de julio de 2023).

27 BOZZO HAURI, S.: *La excepción de contrato no cumplido*, Tesis doctoral dirigida por SERRA RODRÍGUEZ, A. (dir. tes.), Universitat de València, 2012, p. 122.

28 ALBALADEJO CAMPOY, M. A.: «El sinalagma funcional en los contratos de compraventa de empresa», cit.

29 Véase en este sentido el contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala I) 782/2013, de 23 de mayo: «En este marco metodológico, conviene señalar que también recientemente la jurisprudencia de esta Sala ha resaltado la importancia del plano satisfactivo del cumplimiento en el

La distinción entre el sinalagma genético y el sinalagma funcional ha sido objeto de análisis y debate en la doctrina. Algunos juristas sostienen que ambas formas de sinalagma son complementarias y se refuerzan mutuamente, mientras que otros consideran que son conceptos independientes y que su aplicación puede variar según el tipo de contrato y las circunstancias particulares del caso. En cualquier caso, la jurisprudencia y la doctrina coinciden en que el sinalagma contractual es esencial para garantizar la reciprocidad y el equilibrio en las obligaciones contractuales.

El sinalagma contractual juega un papel crucial en la interpretación y aplicación de los pactos, ya que establece la relación de causa y efecto entre las prestaciones recíprocas y la necesidad de un cumplimiento simultáneo. Al considerar el sinalagma genético, se reconoce que las partes están obligadas entre sí y que las prestaciones son interdependientes. Ello implica que cada parte tiene la expectativa de recibir una contraprestación equivalente por lo que ofrece. Por otro lado, el sinalagma funcional establece que las partes deben cumplir sus obligaciones de manera coordinada, lo que implica que el incumplimiento de una de ellas puede afectar la posibilidad de exigir el cumplimiento de la prestación correspondiente.

La aplicación del sinalagma contractual no es un concepto rígido, sino que debe adaptarse a las circunstancias específicas de cada contrato y tener en cuenta los usos del tráfico y el pacto entre las partes. Es necesario, por ello, analizar el equilibrio entre las prestaciones y las consecuencias del incumplimiento para determinar si se ha producido una violación del sinalagma contractual³⁰. En caso de incumplimiento, la parte perjudicada puede ejercer acciones para exigir el cumplimiento del contrato o su resolución para la finalización por incumplimiento, resultando posible reclamar indemnizaciones por daños y perjuicios acumuladamente con ambas acciones³¹.

Por lo expuesto, se deduce que el sinalagma contractual, tanto en su forma genética como funcional, desempeña un papel crucial en la interpretación y aplicación de los pactos. Estos principios buscan garantizar la reciprocidad y el equilibrio en las obligaciones contractuales, estableciendo una relación de causa y efecto entre las prestaciones recíprocas y la necesidad de un cumplimiento simultáneo. El sinalagma contractual no es un concepto inflexible, sino que su aplicación debe adaptarse a las circunstancias particulares de cada contrato.

contexto de la dinámica contractual. En la línea expuesta, y a título ejemplificativo, se ha destacado la instrumentación técnica de la base del negocio como criterio de interpretación contractual en orden a la delimitación del carácter esencial del término establecido (STS de 20 de noviembre de 2012, núm. 674/2012), de la calificación del contrato celebrado (STS de 26 de marzo de 2013, núm. 165/2013), del objeto contractual proyectado (STS de 12 de abril de 2013, núm. 226/2013), de su determinación en el marco de una relación negocial compleja (STS de 23 de mayo de 2013, núm. 333/2013) como, en su caso, de su incidencia y función en orden a la tipicidad contractual de la cláusula rebus sic stantibus (entre otras, SSTS de 17 y 18 de enero de 2013, núms. 820 y 822, de 8 de octubre de 2012, y 26 de abril de 2013, núm. 309/2013)».

30 Así, por poner un ejemplo, no se debe entender que el mero retraso, salvo en los casos de término esencial, constituye un incumplimiento grave, como se expresa en RODRÍGUEZ-ROSADO, B.: *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, 2013, p. 223.

31 En este sentido, debe atenderse al contenido de los artículos 71, 73 y 437.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regulan la acumulación de acciones.

5. BREVES NOTAS SOBRE LA CAUSA DE LOS CONTRATOS

5.1. Aspectos elementales de la causa en el Código Civil

La causa de los contratos es un concepto de suma importancia en el Código Civil, ya que determina la validez y efectos de los mismos. El artículo 1274 del Código Civil establece que la causa en los contratos onerosos consiste en la prestación o promesa de una cosa o servicio por una de las partes, mientras que en los contratos remuneratorios se encuentra en el servicio o beneficio que se remunera, y en los contratos de pura beneficencia, en la mera liberalidad del bienhechor. Esta definición legal ha sido analizada tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, y se ha llegado a la conclusión de que la causa en los contratos sinalagmáticos está constituida por el dato objetivo del intercambio de prestaciones³².

La jurisprudencia ha sostenido, como se puede comprobar con la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala I) de 17 de enero de 1985, que la causa en los contratos sinalagmáticos se cifra en la finalidad genérica prevista por la norma, la cual se dirige al fin inmediato del intercambio de prestaciones. Sin embargo, existen casos excepcionales en los que el designio concreto de las partes se ha incorporado al negocio como elemento determinante de la declaración de voluntad. Es importante destacar que la inefectividad de la prestación prometida posterior a la formación del contrato no constituye una falta sobrevenida de la causa, sino que está relacionada con la posibilidad de solicitar la resolución del contrato según el artículo 1124 del Código Civil, debido a la interdependencia de las obligaciones. En el caso de una imposibilidad sobrevenida que impide alcanzar el fin perseguido con el contrato, se relaciona con la teoría de los efectos de la frustración³³, que parte de la existencia de un contrato válido en cuanto a sus elementos esenciales, según lo dispuesto en el artículo 1261 del Código Civil.

Los móviles individuales que influyen en cada parte contratante adquieren relevancia jurídica cuando se convierten en un propósito común para alcanzar una finalidad práctica específica a través del contrato. En este sentido, se considera que forman parte del contrato como su causa concreta. La jurisprudencia ha interpretado el artículo 1274 del Código Civil en un sentido objetivo, según el cual la causa se presenta como la función económica y social del negocio que justifica la tutela y protección del ordenamiento jurídico. Es importante diferenciar la causa de los móviles subjetivos de cada contratante, los cuales adquieren relevancia jurídica cuando son reconocidos y expresados por ambas partes, convirtiéndose en el elemento determinante de las declaraciones de voluntad concordantes. Este propósito empírico común se identifica en el plano subjetivo como el elemento causal del contrato.

En el artículo 1275 del Código Civil se establece que los contratos sin causa, es decir, aquellos en los que no existe una prestación, promesa o servicio por parte de las partes con-

32 FERNÁNDEZ LEÓN, O.: «Causa contractual versus motivación personal», *Legaltoday*, 2011. Recuperado de <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/inmobiliario-y-construccion/causa-contractual-versus-motivacion-personal-2011-04-18/> (consultado el día 2 de julio de 2023).

33 Esta idea puede reconducirse a la cláusula *rebus sic stantibus*, que se va a analizar en páginas siguientes.

tratantes, o los contratos con causa ilícita, que se oponen a las leyes o a la moral, no producen efecto alguno. Ello significa que carecen de validez y no generan obligaciones ni derechos para las partes involucradas.

Por su parte, el artículo 1276 del Código Civil determina que la expresión de una causa falsa en los contratos conllevará su nulidad, a menos que se pueda demostrar que estaban fundamentados en una causa verdadera y lícita. Ello implica que si se acredita que existía una causa distinta a la expresada en el contrato y que esta causa era válida y moralmente aceptable, el contrato no será nulo por la falsedad de la causa declarada.

En conclusión, la causa de los contratos en el Código Civil se refiere a la prestación, promesa o servicio que cada parte contratante realiza o se compromete a realizar en virtud del contrato. La jurisprudencia ha interpretado este concepto de manera objetiva, considerando la finalidad económica y social del negocio como la causa que justifica su protección por parte del ordenamiento jurídico. Es importante distinguir la causa de los móviles subjetivos de las partes, los cuales adquieren relevancia jurídica cuando son reconocidos y exteriorizados por ambas partes como el propósito común del contrato. Los contratos sin causa o con causa ilícita no producen efectos legales, y la expresión de una causa falsa puede llevar a la nulidad del contrato, a menos que se pruebe la existencia de una causa verdadera y lícita. Estos principios son fundamentales para comprender y aplicar adecuadamente la figura de la causa en el ámbito contractual según lo establecido en el Código Civil.

En relación con la calificación del contrato a partir de la causa, debe atenderse a la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, por la que se impone la idea de que la calificación de las partes no es vinculante para la determinación del régimen jurídico aplicable, en la medida en que «los contratos son lo que son, según su naturaleza jurídica, y no lo que las partes dicen que son»³⁴, recordando este prisma a la escena de la cena del principio de Una noche en la ópera, en la que el personaje interpretado por Groucho Marx le expresa a la Señora Claypool que «todo lo que hay en usted me recuerda a usted, excepto usted», algo típico cuando las partes no llaman a las cosas del contrato por su nombre.

Ciertamente, se puede inferir que la causa es un elemento del contrato que sirve para poder proceder con el control de las finalidades de las partes en relación con los objetivos legales de la regulación del contrato en cuestión, a los efectos de poder fiscalizar la adecuación de los móviles de los contratantes ante el ordenamiento jurídico.

5.2. Las consecuencias de la causa ilícita en los contratos

Los artículos 1305 y 1306 del Código Civil abordan la cuestión de la nulidad por ilicitud de la causa en contratos. Estos preceptos hacen referencia a dos casos específicos: la ilicitud penal y la ilicitud meramente civil de la causa.

El artículo 1305 se refiere a la ilicitud penal, que incluye tanto la causa como el objeto del contrato, y establece que si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes,

34 En tal sentido, resaltan las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala I) 765/2010, de 30 de noviembre, y 335/2013, de 7 de mayo, profusamente citadas, como se infiere de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala I) 693/2019, de 18 de diciembre.

estos carecerán de toda acción entre sí. Además, se procederá contra ellos de acuerdo con lo dispuesto en el Código Penal en relación a los efectos o instrumentos del delito o falta. Ello significa que ninguno de los contratantes podrá reclamar lo que haya dado en virtud del contrato ni exigir el cumplimiento de lo que el otro haya prometido. El artículo 1305 también es aplicable en casos en los que solo uno de los contratantes haya incurrido en delito o falta. En este caso, el contratante que no sea culpable podrá reclamar lo que haya dado, pero no estará obligado a cumplir lo que haya prometido.

Por su parte, el artículo 1306 se refiere a la causa torpe, que es una ilicitud meramente civil y no constituye un delito ni falta. Este artículo establece las siguientes reglas: si la culpa está presente en ambos contratantes, ninguno de ellos podrá reclamar lo que haya dado en virtud del contrato ni exigir el cumplimiento de lo que el otro haya ofrecido. En el caso de que la culpa recaiga solo en uno de los contratantes, este no podrá reclamar lo que haya dado en virtud del contrato ni exigir el cumplimiento de lo que se le haya ofrecido. Sin embargo, el contratante que sea ajeno a la causa torpe podrá reclamar lo que haya dado sin estar obligado a cumplir lo que haya ofrecido.

Es importante tener en cuenta que las faltas fueron eliminadas del Código Penal mediante la reforma realizada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Ello implica que las disposiciones relacionadas con las faltas ya no son aplicables en el ámbito penal. No obstante, las reglas establecidas en el Código Civil en relación a la ilicitud de la causa y la responsabilidad de los contratantes siguen siendo relevantes y aplicables en el ámbito civil.

5.3. Cuando la causa se envenena: los negocios jurídicos criminalizados

Cuando se produce un incumplimiento de contrato, se pueden ejercer dos opciones legales de acuerdo al artículo 1124 del Código Civil: la acción de cumplimiento o la acción de resolución del contrato, ambas con la posibilidad de solicitar una indemnización por daños y perjuicios. Sin embargo, surge un problema cuando se intenta considerar el incumplimiento contractual como un delito penal, lo cual ocurre con frecuencia debido a la contundencia de las normas penales.

El Código Penal regula varios delitos relacionados con estafas, que se encuentran en la delgada línea entre el incumplimiento contractual y la infracción penal. Por un lado, el artículo 248 dispone que cometen estafa aquellas personas que, con ánimo de lucro, utilizan engaño suficiente para inducir a otro a realizar un acto perjudicial para sí mismo o para terceros. Este delito también incluye manipulaciones informáticas que resulten en una disposición patrimonial no consentida y perjudicial para el propietario del bien o dinero. Por otro lado, se sanciona a quienes se atribuyen falsamente la facultad de disponer de un bien mueble o inmueble, y lo enajenan, gravan o arriendan a otro en perjuicio de este o de un tercero. También se castiga a aquellos que ocultan cualquier carga existente sobre un bien al disponer de él, a los que, habiendo enajenado un bien como si estuviera libre de cargas, lo gravan o enajenan nuevamente antes de transferirlo definitivamente al adquirente, en perjuicio de este o de un tercero, y a aquellos que otorgan un contrato simulado perjudicando a otro.

Es importante partir del principio del sinalagma, basado en la labor de los antiguos romanos y la regla «do ut des», por la que se da para que me des. Ello plantea la controversia sobre la posibi-

lidad de considerar un delito cuando se busca obtener algo sin la intención de dar a cambio, tema que ha sido analizado en varias ocasiones por la Sala Segunda del Tribunal Supremo³⁵.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala II) 758/2021, de 7 de octubre, afirma que «*el delito de estafa requiere que el perjuicio patrimonial sea consecuencia de una disposición en perjuicio propio o de terceros que se explique exclusivamente por un engaño previo por parte del autor*». Además, señala que «*la existencia previa del engaño y su eficacia causal cualificada para lograr el desplazamiento patrimonial son requisitos inexcusables de tipicidad*». La falta de uno u otro elemento excluye la intervención penal y obliga a recurrir a las normas civiles para la reparación del daño o perjuicio causado. En otras palabras, para que se cometa un delito en el contexto de las obligaciones contractuales, se requiere que exista un plan premeditado que busque utilizar un negocio jurídico como medio para cometer un delito contra el patrimonio.

Utilizar un negocio jurídico como medio delictivo implica que la parte que comete la infracción penal ya conoce de antemano la conducta que llevará a cabo y el perjuicio que causará, pero acreditar esta circunstancia en el marco de un proceso penal puede ser problemático debido a la presunción de inocencia, motivo por el que sería deseable hallar elementos objetivos para su identificación³⁶, aunque, a tenor del artículo 5 del Código Penal, se va a requerir el dolo³⁷. No obstante, en casos evidentes como el de Groucho Marx, los indicios serían fácilmente detectables³⁸, pero es cierto que este tema puede exceder del objeto de este trabajo.

6. EL CASO DE GROUCHO MARX EN UNA NOCHE EN LA ÓPERA

Hay muchos ejemplos de películas que muestran ejemplos prácticos de la importancia del Derecho Civil para la sociedad. Puede pensarse en *Acción civil*, protagonizada por John Travolta, o en algunas escenas referentes al Derecho de Sucesiones que se muestran en *Legi-*

35 García David, A. J.: «Análisis de los negocios jurídicos criminalizados», *Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado CEJUP*, vol. 1, n.º 1, 2023, pp. 301-310, p. 303.

36 MAGALDI PATERNOSTRO, M. J.: «Ilícito civil y negocio jurídico criminalizado: ¿son posibles criterios objetivos de diferenciación», *Annals de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, n.º 5, 2012-2014, pp. 513-532, p. 522.

37 A este respecto, parece interesante el planteamiento de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala II) 181/2009, de 23 de febrero: «*Aunque la doctrina de esta Sala ha seguido una y otra teoría en distintos momentos de su evolución, actualmente su posición es favorable a una postura ecléctica. En efecto, por una parte, una vez adoptada para la caracterización del tipo objetivo la teoría de la imputación objetiva y ser condición de la adecuación del comportamiento a dicho tipo objetivo el que el autor haya ejecutado una acción generadora de un peligro jurídicamente desaprobado, obrará consecuentemente con dolo el autor que haya tenido conocimiento de dicho peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes jurídicos, pues habrá tenido entonces el conocimiento de los elementos del tipo objetivo. Pero por otra parte quien actúa, no obstante tal conocimiento, asume con su decisión la producción del resultado, pues en definitiva la aceptación de éste se encuentra implícita en el hecho de haber preferido la ejecución de la acción peligrosa a la evitación de sus posibles consecuencias*».

38 Ello es fácilmente apreciable cuando, al principio de *Una noche en la ópera*, Groucho reniega del pago de la primera cena a la que asistió, recomendando asimismo a su comensal que no abone la cantidad debida.

tima defensa, película basada en la novela homónima del gran John Grisham. Sin embargo, no son tantos los casos en los que la problemática del Derecho Privado se puede vislumbrar de un modo tan entrañable como el que consigue aplicar el magnífico Groucho Marx.

Groucho Marx, reconocido como uno de los comediantes más influyentes del siglo XX, logró plasmar de manera ingeniosa y sarcástica la importancia del Derecho Civil y, más específicamente, del sinalagma contractual en su obra cinematográfica. A través de sus películas y, en particular, de su personaje característico en *Una noche en la ópera*, Marx nos ofrece una visión satírica pero significativa de los principios fundamentales del Derecho de Obligaciones.

En *Una noche en la ópera*, Groucho Marx interpreta al inimitable señor Otis B. Driftwood, un estafador y buscavidas que se ve envuelto en una serie de enredos y situaciones cómicas. A pesar de su carácter humorístico, la trama de la película aborda temas contractuales relevantes, poniendo de relieve la importancia del sinalagma contractual en las relaciones legales.

El sinalagma contractual se refiere a la reciprocidad y equidad en los contratos, es decir, la obligación de ambas partes de cumplir con lo acordado. En la película, Groucho Marx utiliza su peculiar estilo cómico para mostrar cómo la falta de sinalagma puede conducir a conflictos y malentendidos.

En una escena memorable, Groucho interpreta a un agente teatral que negocia un contrato para su cliente con una compañía de ópera. Durante las negociaciones, se establece un acuerdo en el que su cliente se compromete a interpretar el papel principal a cambio de un salario. Sin embargo, en su clásico estilo sarcástico, Groucho introduce cláusulas absurdas y contradictorias en el contrato, subvirtiendo la noción de sinalagma contractual.

A medida que la trama se desarrolla, las consecuencias de estas cláusulas desencadenan una serie de situaciones cómicas y malentendidos entre los personajes. Esta representación exagerada del incumplimiento del sinalagma contractual sirve para resaltar la importancia de la equidad y reciprocidad en las relaciones legales.

La genialidad de Groucho Marx radica en su habilidad para hacer reír a la audiencia mientras plantea reflexiones sobre el Derecho Civil y sus implicaciones en la sociedad. Aunque sus películas son comedias, logran transmitir mensajes relevantes sobre la importancia de los contratos y la necesidad de una correcta interpretación y cumplimiento de los mismos.

Es importante destacar que el humor y la sátira empleados por Groucho Marx no deben subestimarse, ya que su enfoque lúdico permite captar la atención del público y transmitir mensajes de manera efectiva. Además, su estilo peculiar ofrece una crítica mordaz a las prácticas abusivas o irrazonables en el ámbito contractual, fomentando así la conciencia sobre la importancia de la justicia y la equidad en las relaciones legales.

A través de su obra, Groucho Marx nos invita a reflexionar sobre la relevancia del Derecho Civil en nuestras vidas y cómo el sinalagma contractual puede ser tanto un elemento crucial como una fuente de humor. La escena a la que debe hacerse referencia proporciona una perspectiva humorística y surrealista que nos invita a reflexionar sobre las dificultades inherentes a la redacción y negociación de los contratos en una escena que se presenta como una parodia del lenguaje jurídico, en la cual se exageran los malentendidos y las confusiones que pueden surgir en la interpretación de las cláusulas contractuales.

Merece la pena recoger el diálogo que se mantiene para la negociación del contrato en la indicada escena:

- «– Haga el favor de poner atención en la primera cláusula porque es muy importante. Dice que... la parte contratante de la primera parte será considerada como la parte contratante de la primera parte. ¿Qué tal, está muy bien, eh?
- No, eso no está bien. Quisiera volver a oírlo.
 - Dice que... la parte contratante de la primera parte será considerada como la parte contratante de la primera parte.
 - Esta vez creo que suena mejor.
 - Si quiere se lo leo otra vez.
 - Tan solo la primera parte.
 - ¿Sobre la parte contratante de la primera parte?
 - No, solo la parte de la parte contratante de la primera parte.
 - Oiga, ¿por qué hemos de pelearnos por una tontería como ésta? La cortamos.
 - Sí, es demasiado largo. ¿Qué es lo que nos queda ahora?
 - Dice ahora... la parte contratante de la segunda parte será considerada como la parte contratante de la segunda parte.
 - Eso sí que no me gusta nada. Nunca segundas partes fueron buenas. Escuche: ¿por qué no hacemos que la primera parte de la segunda parte contratante sea la segunda parte de la primera parte?».

En la escena, Groucho Marx, interpretando a un personaje contratante, utiliza un estilo de comunicación absurdo y repleto de redundancias, lo que genera una confusión cómica entre los personajes. Las palabras y cláusulas del contrato se convierten en un juego lingüístico, en el que se repiten términos y se establecen conexiones ilógicas. Esta representación caricaturesca pone de relieve los desafíos que pueden surgir cuando la redacción de un contrato no es clara y precisa.

A través del humor, la escena nos muestra la importancia de una redacción clara y precisa en los contratos. Los malentendidos y las interpretaciones erróneas pueden surgir fácilmente si las cláusulas no son redactadas de manera inequívoca. El caso de Groucho Marx ejemplifica cómo un lenguaje ambiguo puede generar confusión y dar lugar a situaciones cómicas, pero en la realidad puede conducir a disputas y conflictos legales.

Esta representación humorística también nos recuerda la necesidad de una comunicación efectiva durante la negociación de los contratos. Es fundamental que las partes involucradas tengan un entendimiento común de las cláusulas y términos acordados. De lo contrario, podrían surgir malentendidos que comprometan la validez y la ejecución adecuada del contrato.

El caso de Groucho Marx nos invita a reflexionar sobre la importancia de la claridad, la precisión y la comunicación efectiva en la redacción y negociación de los contratos. Además de ser una fuente de entretenimiento, esta escena cómica puede servir como una advertencia sobre los riesgos de la ambigüedad y la falta de precisión en el ámbito contractual.

7. LA IMPORTANCIA DE UNA NOCHE EN LA ÓPERA PARA LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

7.1. Consideraciones generales sobre las normas del Código Civil sobre interpretación de los contratos

El Código Civil contiene una serie de disposiciones en sus artículos 1281 a 1289, que recogen las reglas para la interpretación de los contratos. Estas normas son fundamentales para determinar la intención de las partes contratantes y resolver posibles ambigüedades o dudas que puedan surgir en la interpretación de los términos contractuales³⁹. A continuación, se analiza cada uno de estos artículos y su importancia en la interpretación de los contratos.

El artículo 1281 del Código Civil dispone que si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de las partes, se debe atener al sentido literal de sus cláusulas. En otras palabras, se debe dar efecto a lo que está expresado de manera clara en el contrato. Sin embargo, el mismo artículo establece que si las palabras parecen ser contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá dicha intención sobre las palabras del contrato.

El artículo 1282 del Código Civil señala que para juzgar la intención de los contratantes, se deben considerar principalmente los actos realizados por ellos antes, durante y después del contrato. Estos actos pueden servir como evidencia de la verdadera intención de las partes al celebrar el contrato.

El artículo 1283 del Código Civil establece que, a pesar de la generalidad de los términos de un contrato, no se deben incluir en él cosas distintas o casos diferentes a aquellos sobre los que las partes tenían la intención de contratar. Ello significa que los términos del contrato deben ser coherentes y no pueden incluir aspectos que no fueron acordados por las partes.

Para cuando una cláusula de un contrato admite diferentes interpretaciones, el artículo 1284 del Código Civil determina que se debe entender en el sentido más adecuado para que produzca efecto. En otras palabras, se debe dar una interpretación que sea coherente con el propósito y la finalidad del contrato.

El artículo 1285 del Código Civil indica que las cláusulas de los contratos deben interpretarse en conjunto, de modo que las cláusulas dudosas se interpreten de acuerdo con el sentido que se desprenda del conjunto del contrato. Ello implica que se debe considerar el contexto y la totalidad del contrato para determinar el significado de las cláusulas ambiguas.

El artículo 1286 del Código Civil expresa que cuando una palabra tenga diferentes significados, se debe entender en el sentido que sea más conforme con la naturaleza y el propósito

39 LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Curso de Derecho civil patrimonial: introducción al Derecho*, Tecnos, 2008, pp. 611 a 616.

del contrato. Ello implica que se debe dar una interpretación que sea coherente con la esencia y el objetivo del contrato en cuestión.

El artículo 1287 reseña que se debe tener en cuenta el uso o la costumbre del país para interpretar las ambigüedades de los contratos. Ello implica que se pueden suplir las omisiones de cláusulas habituales en los contratos, tomando en consideración las prácticas y costumbres mercantiles del lugar.

El artículo 1288 del Código Civil establece que la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no debe favorecer a la parte que haya causado la oscuridad. Ello significa que si una cláusula es confusa o ambigua debido a la redacción o acciones de una de las partes, la interpretación debe ser en contra de esa parte.

Cuando no sea posible resolver las dudas sobre la interpretación del contrato utilizando las reglas establecidas anteriormente, el artículo 1289 del Código Civil indica que se deben considerar las circunstancias accidentales del contrato. Si el contrato es gratuito, las dudas se resolverán a favor de la menor transferencia de derechos e intereses. Por otro lado, si el contrato es oneroso, las dudas se resolverán a favor de la mayor reciprocidad de intereses.

En el caso de que las dudas recaigan sobre el objeto principal del contrato y no se pueda determinar la intención de las partes, el contrato será nulo, según lo establecido en el último párrafo del artículo 1289 del Código Civil. Esto significa que si no es posible determinar cuál fue la voluntad de las partes respecto al objeto principal del contrato, dicho contrato se considerará inválido.

Estos preceptos del Código Civil son fundamentales para interpretar los contratos y resolver las dudas que puedan surgir en su aplicación. Proporcionan directrices claras sobre cómo determinar la intención de las partes y cómo abordar las ambigüedades o discrepancias en los términos contractuales. Al comprender y aplicar adecuadamente estas reglas, se busca garantizar la seguridad jurídica y la equidad en las relaciones contractuales en el ámbito del derecho español.

7.2. Una norma interpretativa pensada especialmente pensada para los contratos sinalagmáticos: el artículo 1289 del Código Civil

El artículo 1289 del Código Civil es de gran relevancia teórica en el ámbito de la interpretación de los contratos, ya que aborda situaciones en las que resulta extremadamente difícil resolver las dudas que surgen al intentar comprender el significado de un acuerdo contractual. A veces, la aplicación de las reglas establecidas en los artículos previos no es suficiente para desentrañar de manera definitiva el sentido del contrato. En tales casos, el artículo 1289 establece criterios para abordar estas situaciones y determinar las consecuencias legales correspondientes.

Una de las distinciones fundamentales que establece el artículo 1289 es entre las dudas que recaen sobre las circunstancias accidentales del contrato y aquellas que afectan al objeto principal del mismo. Las circunstancias accidentales se refieren a elementos secundarios o accesorios del contrato, como condiciones particulares, términos o modos de ejecución. Por otro lado, el objeto principal del contrato hace referencia al núcleo esencial del acuerdo, a lo que las partes se comprometen a realizar.

Cuando las dudas se presentan en relación a las circunstancias accidentales del contrato, el principio de conservación del contrato prevalece⁴⁰. Ello significa que se buscará mantener la validez y eficacia del contrato en la medida de lo posible, con sus elementos esenciales. En lugar de declarar la nulidad del contrato, se procurará encontrar una interpretación que permita su subsistencia, aunque existan incertidumbres en relación a los aspectos secundarios. Este enfoque se basa en la idea de que es preferible preservar el contrato y garantizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes.

Sin embargo, cuando las dudas recaen sobre el objeto principal del contrato y se vuelve imposible determinar la intención de las partes contratantes, el artículo 1289 establece claramente la nulidad del acuerdo. En este caso, el contrato se considera inválido debido a la falta de certeza en su contenido. Es decir, si no es posible conocer con certeza cuál era la voluntad de las partes en relación al objeto principal del contrato, se considera que no existe un acuerdo válido entre ellas.

Es importante señalar que el artículo 1289.2, que aborda las dudas sobre el objeto principal del contrato, es escasamente relevante en la práctica contractual. Ello se debe a que, en general, las partes suelen establecer de manera clara y precisa cuál es el objeto principal del contrato y cuáles son sus intenciones al respecto. Sin embargo, en los casos en los que exista una falta de claridad o ambigüedad en relación al objeto principal, este artículo adquiere relevancia y puede llevar a la nulidad del contrato.

El artículo 1289 también establece criterios específicos para la interpretación de los contratos gratuitos y onerosos. En los contratos gratuitos, es decir, aquellos en los que una de las partes realiza una prestación sin recibir contraprestación a cambio, se debe optar por «*la menor transmisión de derechos e intereses*». Ello significa que se buscará una interpretación que implique la menor transferencia de derechos entre las partes. En otras palabras, se favorecerá la conservación de los derechos y patrimonio de cada parte, evitando que se realicen transmisiones innecesarias o excesivas.

En cambio, en los contratos onerosos, es decir, aquellos en los que ambas partes se obligan a realizar prestaciones recíprocas, la duda se resolverá «*a favor de la mayor reciprocidad de intereses*». Ello implica que se buscará una interpretación que garantice la equivalencia de las prestaciones que cada parte debe cumplir. Se pretende equilibrar las obligaciones y beneficios de ambas partes, evitando desequilibrios injustificados en la relación contractual, idea que ha llevado a varios autores a defender que el artículo 1289 del Código Civil recoge en este punto una manifestación del llamado principio de *favor debitoris*⁴¹.

En cuanto al concepto de «objeto principal del contrato», es importante tener en cuenta que este término no se limita únicamente al objeto técnico del contrato, es decir, a aque-

40 SERRANO ACITORES, A.: «El principio de conservación de los contratos frente a las figuras de la nulidad y la anulabilidad», *Noticias jurídicas*, 1 de junio de 2010. Recuperado de <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4553-el-principio-de-conservacion-de-los-contratos-frente-a-las-figuras-de-la-nulidad-y-la-anulabilidad/> (consultado el día 1 de julio de 2023).

41 Camacho de los Ríos, F.: «El *favor debitoris* en la interpretación de los contratos: aproximación a un proceso de recepción del Derecho común (Murcia, 1996)», *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*. GARCÍA SÁNCHEZ, J. (dir.), DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A. (aut.), vol. 6, 2021. Coord. por FUENTESECA DEGENEFFE, M., pp. 17-28, pp. 17, 23 y 24.

llo sobre lo cual recae el acuerdo. También abarca otros elementos esenciales del contrato, como el consentimiento de las partes y la causa del mismo. Además, puede incluir elementos accidentales, como condiciones, términos o modos de ejecución, así como otras circunstancias relevantes que puedan influir en el contenido del contrato. En resumen, el «objeto principal» comprende todos los aspectos esenciales y relevantes del contrato que determinan su validez y contenido.

7.3. Groucho ante las reglas de la lógica interpretativa de los contratos

Una de las características más destacadas de la película *Una noche en la ópera* y del personaje interpretado por Groucho Marx es la profunda desconfianza que muestra hacia cualquier forma de interpretación de los contratos que no se limite estrictamente al tenor literal de su texto. Esta actitud se manifiesta de manera clara cuando Groucho Marx comienza a arrancar cláusulas de los contratos cuya redacción no le convence a él o a las demás partes involucradas, en lugar de intentar modificar los términos del contrato o alcanzar un acuerdo sobre su interpretación.

El personaje de Groucho Marx encarna una postura extremadamente cautelosa y desconfiada hacia los acuerdos contractuales, mostrando una preferencia por la eliminación directa de cualquier cláusula que pueda ser interpretada de manera ambigua o que parezca dar lugar a disputas. Su enfoque se basa en una interpretación literal y superficial de los contratos, sin considerar las posibles implicaciones o intenciones subyacentes, como se puede comprobar cuando, en la escena de la cena con la Señora Claypool, le pregunta por un comensal afirmando que no le podrá ver, pero que lo puede encontrar tras la cortina de espaguetis, mostrando así como se aferra al tenor de lo que se ve, sin contemplar interpretaciones más flexibles que, por otra parte, pueden generar más inseguridad o menos certeza.

Esta actitud de Groucho Marx, aunque presentada de manera cómica y exagerada, plantea importantes interrogantes sobre la interpretación y aplicación de los pactos en la vida real. ¿Es suficiente atenerse únicamente al texto literal de un contrato sin considerar su contexto y las intenciones de las partes involucradas? ¿Es prudente eliminar cláusulas sin intentar llegar a un consenso sobre su interpretación?

La postura de Groucho Marx nos lleva a reflexionar sobre la importancia de una interpretación adecuada de los contratos, que no se limite únicamente a la letra escrita, sino que tenga en cuenta el propósito y la intención de las partes. Si bien es comprensible la desconfianza hacia la ambigüedad y la interpretación abierta de los contratos, eliminar cláusulas sin un consenso previo puede conducir a un desequilibrio en las relaciones contractuales y a la pérdida de oportunidades de negocio.

Es importante destacar que la interpretación y aplicación de los pactos no deben ser unidimensionales ni inflexibles. La interpretación literal puede ser útil en ciertos casos, pero también es necesario considerar el contexto, las circunstancias y las expectativas razonables de las partes involucradas. Ello implica un diálogo constructivo, en el que se busque alcanzar un consenso sobre la interpretación adecuada de los términos contractuales.

En definitiva, la figura de Groucho Marx en *Una noche en la ópera* nos muestra la importancia de abordar los contratos con cautela y de buscar una interpretación justa y equitativa de los mismos. Si bien su enfoque humorístico puede parecer excesivo, nos recuerda la necesidad de evitar interpretaciones restrictivas o excesivamente literales que puedan perjudicar a una de las partes o dificultar el cumplimiento efectivo del contrato.

8. UNAS NOTAS SOBRE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* A LA LUZ DE LA BASE DE LAS ESTIPULACIONES DEL CONTRATO

La cláusula *rebus sic stantibus* es una figura jurídica que se ha desarrollado a través de la jurisprudencia en España, ya que el ordenamiento jurídico español no incluye una regulación general explícita de esta cláusula⁴², a pesar de que se han tenido buenas oportunidades⁴³. La cláusula *rebus sic stantibus* se refiere a una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes en el momento de cumplimiento del contrato y las circunstancias existentes al momento de la celebración del mismo, que resulta en una desproporción exorbitante entre las prestaciones acordadas⁴⁴.

Debe tenerse presente que las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2009 y de 25 de enero de 2007 expresan que «*analizando la aplicabilidad al caso de la cláusula "rebus sic stantibus", dice la sentencia de 23 de abril de 1991 que "la doctrina ha examinado la dificultad extraordinaria sobrevenida en el cumplimiento de la obligación al igual que lo ha hecho la jurisprudencia, al tratar de la posibilidad de construir dentro de nuestro derecho vigente, la cláusula 'rebus sic stantibus' como medio de establecer equitativamente el equilibrio de las prestaciones; con cita de las sentencias de 14 de diciembre de 1940, 17 de mayo de 1941, y 5 de junio de 1945, la de 17 de mayo de 1957 establece las siguientes conclusiones en relación con la aplicación de la citada cláusula: A) Que la cláusula 'rebus sic stantibus' no está legalmente reconocida; B) Que, sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de que sea*

-
- 42 Durante la pandemia, se pusieron de manifiesto las consecuencias de la falta de regulación y la insuficiencia de los postulados jurisprudenciales, según lo reseñado en RODRÍGUEZ-ROSADO, B., y RUIZ ARRANZ, A.: «Consecuencias de la epidemia: reequilibrio contractual y Covid-19», *Almacén de Derecho*, 16 de abril de 2020. Recuperado de <https://almacenederecho.org/consecuencias-de-la-epidemia-reequilibrio-contractual-y-covid-19> (consultado el día 30 de julio de 2023). Precisamente, esta falta de regulación llamaba la atención y ya se implementó en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, como se señala en SALVADOR CODERCH, P.: «Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º. 4, 2009, pp. 1 y 2.
- 43 GÓMEZ POMAR, F., y SÁNCHEZ AGUILERA, J. A.: «Cláusula *rebus sic stantibus*: viabilidad y oportunidad de su codificación en el derecho civil español», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º. 1, 2021, pp. 3 a 6.
- 44 AGÜERA, S., y MARTÍN, A.: «La cláusula "*rebus sic stantibus*"» y otras fórmulas alternativas utilizadas en la jurisprudencia. Especial referencia a los recientes pronunciamientos judiciales», *Aranzadi digital num. 1/2014*, Editorial Aranzadi, SA, p. 2.

elaborada y admitida por los Tribunales; C) Que es una cláusula peligrosa, y, en su caso, debe admitirse cautelosamente; D) Que su admisión requiere como premisas fundamentales: a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, y c) que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles; y E) En cuanto a sus efectos, hasta el presente, le ha negado los rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato otorgándole los modificativos del mismo, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones". Tal doctrina se ha mantenido en posteriores resoluciones de esta Sala —Sentencias, entre otras, de 29 de mayo de 1996, 10 de febrero de 1997, 15 de noviembre de 2000, 27 de mayo de 2002 y 21 de marzo de 2003—».

El Tribunal Supremo ha establecido una serie de requisitos para poder aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*, incluyendo que la alteración de las circunstancias debe ser realmente imprevisible y que no debe haber otro medio para subsanar el desequilibrio patrimonial que se ha producido⁴⁵. También es necesario que el planteamiento de la cláusula sea compatible con las consecuencias de la buena fe que impone el artículo 1258 del Código Civil⁴⁶.

45 Véase BENITO OSMA, F.: «La excesiva onerosidad de las prestaciones en la contratación mercantil», *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. MORILLAS JARILLO, M. J., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., y PORFIRIO CARPIO, L. J. (dirs.), 2015, pp. 1223-1238 y pp. 1228 y 1229.

46 Es absolutamente recomendable atender a lo afirmado en GARCÍA CARACUEL, M.: *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*. Tesis doctoral dirigida por CAÑIZARES LASO, A., y PASQUAU LIAÑO, M. (codir. tes.), Universidad de Málaga, 2013, pp. 320 y 321. Este autor expone lo siguiente: «El fundamento de la cláusula *rebus sic stantibus* reside, en última instancia, en el principio de buena fe. Se trata de detectar el momento en que la exigencia intransigente del cumplimiento de la obligación contractual se vuelve injusta: *summum ius, summa iniuria*. En ese punto, pese a que *pacta sunt servanda*, el sentido jurídico informa de que se ha traspasado una línea roja, que torna injusto el mantenimiento del vínculo en sus términos iniciales. En la formulación de su homóloga germánica (*Geschäftsgrundlage*) jugó un papel determinante el principio *Treu und Glauben* recogido en el § 242 BGB. De forma similar, los tribunales españoles han recurrido al principio de buena fe para justificar la ruptura del principio de vinculación contractual. Así, en su búsqueda de la solución de justicia material para el caso concreto, y ante la ausencia de norma positiva que regulase la alteración circunstancial, el TS ha encontrado apoyo para esta construcción en el artículo 1258 del Código civil: los contratos obligan a todas las consecuencias derivadas de la buena fe. Y también, por supuesto, en el más genérico artículo 7 del Código civil: los derechos deben ejercitarse de buena fe. Junto a la buena fe, la equidad, como complemento necesario cuando la norma positiva se antoja insuficiente para proporcionar una solución de justicia. En la STS de 16 noviembre 1979 (RJ 1979, 3850) encontramos el fundamento de la regla en la buena fe, la equidad y la evitación del enriquecimiento injusto. Estas bases meta-jurídicas llevan al ponente a considerar que la justicia exige en este caso hacer retroceder al principio de vinculación contractual y admitir el efecto definitivo de la alteración de las circunstancias: "que, además, la consistencia de lo precedentemente expuesto viene avalado por el contenido genérico de la buena fe que actualmente refleja el párr. 1.º del art. 7.º del C. Civ., y que en materia contractual tiene aplicación específica en el precitado art. 1258 de aquel ordenamiento jurídico sustantivo, alegado por el recurrente como violado por la sentencia recurrida, y en que se fundamenta el motivo segundo examinado, toda vez que refiriéndose la acepción que de la buena

Es importante destacar que la cláusula *rebus sic stantibus* es peligrosa, tal y como se indica en las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala I) de 20 de noviembre de 2009 y de 25 de enero de 2007. Ello se debe a que tal elemento puede ser utilizada para modificar o incluso cancelar contratos, lo que puede generar conflictos y perjuicios económicos para ambas partes.

A pesar de los riesgos que conlleva, la cláusula *rebus sic stantibus* puede ser útil en situaciones en las que una alteración extraordinaria de las circunstancias hace que las prestaciones acordadas sean excesivamente onerosas o incluso imposibles de cumplir, como se indica en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala I) 333/2014, de 30 de junio. En estos casos, la aplicación de la cláusula puede permitir la revisión, resolución o suspensión del contrato.

Ciertamente, la cláusula *rebus sic stantibus* trata de solucionar los problemas derivados de una alteración sobrevenida de la situación existente o circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración del contrato, cuando la alteración sea tan acusada que aumente extraordinariamente la onerosidad o coste de las prestaciones de una de las partes o bien acabe frustrando el propio fin del contrato⁴⁷. Concretamente, deben concurrir varios presupuestos a la luz de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala I) 333/2014, de 30 de junio, que es muy clara:

- a) El primer requisito para poder aplicar la regla *rebus sic stantibus* es que se haya producido una alteración extraordinaria en las circunstancias que rodearon el contrato. Ello significa que entre las circunstancias existentes en el momento de cumplimiento del contrato y las concurrentes al celebrarlo se haya producido una alteración que sea significativa y que no pudiera haber sido prevista por las partes al momento de la celebración del contrato.

fe se hace en tales preceptos al comportamiento o regla de conducta que se señala como pauta general en las relaciones jurídicas, representando, en definitiva, una de las más fecundas vías de irrupción del contenido ético-social en el orden jurídico, llevando el tipo del comportamiento a la medida de la tutela del derecho, y teniendo indudablemente su base fundadora en la equidad, invocada en el ap. 2.º del art. 3.º del C. Civ., afirmación de que la norma jurídica existe para el adecuado logro de la justicia, sirviendo en consecuencia para la aplicación de ésta, y en el caso ahora examinado para poner remedio a la no equivalencia de las prestaciones que originaría la rigurosa aplicación literal del documento en que se constata la tan citada compraventa, que la entidad vendedora recurrente, al amparo del mencionado principio de buena fe a que alude el pre-citado art. 1258 del C. Civ., trata de evitar acudiendo al remedio de la cláusula 'rebus sic stantibus' porque, no obstante la inaceptación de éste por la sentencia recurrida, tiene adecuado restablecimiento simplemente con acudir a la estricta aplicación de dicho art. 1258, alegado por la entidad recurrente como violado, en su mera referencia que tal precepto legal contiene a todas las consecuencias contractuales derivadas de la buena fe a que se remite, en que el motivo examinado se basa; y mayormente debido a que el entender lo contrario, cual hace la resolución impugnada, lo mismo significaría contravenir abiertamente el principio de 'no enriquecimiento injusto', puesto que convalidar la compraventa en cuestión con base exclusivamente en el 'quantum' del precio constatado en el documento formalizador de la enajenación, conduciría a incrementar, sin causa justificante, el patrimonio del comprador en evidente perjuicio, también injustificado, del vendedor, que vería empobrecido el suyo».

47 FERNANDES DE ALMEIDA, R.: *Alteración de las circunstancias y revisión contractual*, Universidad de Salamanca, 2012, p. 164.

- b) El segundo requisito es que como consecuencia de dicha alteración se haya producido una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las prestaciones convenidas. Es decir, que las prestaciones que se han convenido en el contrato hayan dejado de tener el valor que se les otorgó al momento de la celebración del mismo, y que la desproporción que se ha generado sea exorbitante y fuera de todo cálculo.
- c) El tercer requisito es que la alteración en cuestión se haya producido por circunstancias sobrevenidas realmente imprevisibles. Es decir, que la alteración que ha generado la desproporción en las prestaciones se haya producido por causas que no pudieron ser previstas por las partes al momento de la celebración del contrato.
- d) El cuarto requisito es que se carezca de otro medio para subsanar el referido desequilibrio patrimonial producido. Es decir, que no exista otra manera de corregir el desequilibrio generado por la alteración en las circunstancias que rodearon el contrato.
- e) Por último, el quinto requisito es que exista compatibilidad de su planteamiento con la sujeción a las consecuencias de la buena fe que impone el artículo 1258 del Código Civil. Ello significa que el planteamiento de la regla *rebus sic stantibus* no puede estar en contra de la buena fe y de la obligación de las partes de cumplir con sus obligaciones contractuales de buena fe.

Es importante señalar que la cláusula *rebus sic stantibus* se puede aplicar a cualquier tipo de contrato sinalagmático basado en la onerosidad de sus prestaciones, incluyendo aquellos que afectan a aspectos propios de la esfera familiar⁴⁸. Sin embargo, es igualmente necesario tener en consideración que la aplicación de la cláusula debe ser compatible con las consecuencias de la buena fe que impone el Código Civil⁴⁹, algo lógico atendiendo a las reglas de interpretación del artículo 1289 del citado cuerpo legal y sin olvidar las previsiones del artículo 1258 de la misma norma⁵⁰.

Desde luego, cualquiera que terminara negociando con Groucho Marx en *Una noche en la ópera* iba a poder tener la tentación de alegar la cláusula *rebus sic stantibus*, aunque no resultará lograr su efectiva aplicación con sencillez, dados los problemas que se pueden encontrar en la configuración de esta institución.

48 Se discute por algunos autores la necesidad de introducir la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en las relaciones familiares. En este sentido, debe atenderse a los planteamientos contenidos en IMAZ ZUBIAUR, L.: «El carácter excepcional de la cláusula *rebus sic stantibus* y su innecesaria articulación para la revisión de las obligaciones intrafamiliares», *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º. extra 17, 2, 2022, pp. 2182-2217, pp. 2201 y 2202.

49 Véase lo afirmado por GARCÍA CARACUEL, M.: *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, cit., pp. 320 y 321.

50 De la exégesis de ambos preceptos se infiere claramente una regla para la protección de la buena fe de los contratantes y la mayor reciprocidad posible en la onerosidad de las prestaciones a realizar por las partes.

9. LA BUENA REDACCIÓN DE LOS CONTRATOS EN EL SENO DE LA NEGOCIACIÓN COMO UN ELEMENTO PARA FACILITAR SU INTERPRETACIÓN A PARTIR DE LAS ENSEÑANZAS DE GROUCHO

La buena redacción de los contratos es de vital importancia en el ámbito legal y empresarial. Un contrato es un acuerdo vinculante entre dos o más partes, y su redacción precisa y clara cuando se ha de recoger por escrito resulta fundamental para evitar malentendidos, conflictos y costosos litigios en el futuro. En este sentido, la redacción de un contrato debe reflejar de manera precisa las intenciones y acuerdos de las partes involucradas, así como establecer claramente los derechos, responsabilidades y obligaciones de cada una⁵¹.

Una de las principales razones por las que la buena redacción de los contratos es esencial es porque proporciona certeza y seguridad jurídica. Un contrato bien redactado deja poco margen para interpretaciones ambiguas o malentendidos, ya que establece claramente los términos y condiciones que las partes han acordado. Ello permite que todas las partes involucradas tengan una comprensión precisa de sus derechos y obligaciones, lo que a su vez reduce el riesgo de disputas y conflictos en el futuro, cuestión que ya empieza a referirse igualmente a los contratos inteligentes⁵².

La buena redacción de los contratos también es crucial para proteger los intereses y derechos de las partes involucradas. Al redactar un contrato de manera adecuada, se pueden incluir cláusulas y disposiciones específicas que salvaguarden los derechos y la propiedad de las partes⁵³. Ello puede incluir cláusulas de confidencialidad, limitaciones de responsabilidad, acuerdos de indemnización, cláusulas de resolución de conflictos, entre otros. Estas disposiciones pueden ser de vital importancia para proteger a las partes en caso de incumplimiento contractual o disputas judiciales⁵⁴.

Asimismo, una buena redacción de los contratos puede ayudar a evitar problemas y riesgos futuros. Al prever posibles contingencias y situaciones adversas en la redacción del contrato,

51 Véase RAMOS OLANO, S.: «El derecho de receso y la redacción del contrato», *Revista de derecho*, Año 14, n.º. 27, 2015, pp. 117-135, pp. 129 a 132.

52 VILLABLANCA VILLA, Y.: «Algunos límites semánticos en la redacción de contratos más inteligentes», *Revista chilena de derecho y tecnología*, vol. 11, n.º. 2, 2022, pp. 301-328, pp. 308 y 309.

53 Merece la pena, en este momento, traer a colación unas bellas palabras de CALAMANDREI, P.: *Sin legalidad no hay libertad*, Trotta, 2016, p. 36: «En torno a esta idea elemental de la legalidad gira toda la estructura del llamado estado de derecho, el mecanismo que en sus variados y complicados componentes puede ser reconducido a una idea matriz: (...) que cada uno se encuentre en condiciones de conocer anticipadamente hasta dónde llegan sus derechos y dónde comienzan sus deberes».

54 Téngase presente, en relación con este aspecto, que las partes contratantes obran, *a priori*, con buena fe, pero sobrevenidamente pueden acontecer sucesos que determinen la realización de comportamientos cuestionables por alguno de los interesados en el contenido del contrato.

se pueden establecer cláusulas que mitiguen los riesgos y proporcionen soluciones en caso de que surjan problemas. Ello puede incluir cláusulas de terminación anticipada, cláusulas de renegociación, cláusulas de cambio de circunstancias, entre otras. Al anticiparse a posibles escenarios y redactar cláusulas que aborden estos aspectos, las partes pueden minimizar los riesgos y los impactos negativos en caso de que surjan dificultades en el futuro⁵⁵.

La buena redacción de los contratos también contribuye a la eficiencia y ahorro de tiempo en el proceso de negociación y ejecución de los mismos. Un contrato bien redactado evita la necesidad de aclaraciones o modificaciones posteriores, ya que todos los aspectos relevantes han sido contemplados y acordados desde el principio. Ello ahorra tiempo y recursos tanto para las partes contratantes como para sus asesores legales, ya que no es necesario realizar múltiples rondas de negociación o correcciones⁵⁶.

Es importante destacar que la redacción de contratos debe ser clara, precisa y comprensible para todas las partes involucradas. Evitar el uso de lenguaje jurídico excesivamente complejo o términos ambiguos es fundamental para que las cláusulas y disposiciones sean fácilmente entendibles por las partes. En caso de que existan términos técnicos o legales específicos, es recomendable definirlos de manera precisa dentro del contrato para evitar malentendidos⁵⁷.

10. LA REDUCCIÓN DE LITIGIOSIDAD COMO PRINCIPAL VENTAJA DE LA CLARIDAD EN LOS TÉRMINOS DE LOS CONTRATOS

La claridad en los términos de los contratos tiene como principal ventaja la reducción de litigiosidad. Cuando los términos y condiciones de un contrato son claros, precisos y comprensibles, se minimizan las posibilidades de interpretaciones erróneas, malentendidos y disputas entre las partes involucradas. Esta reducción en la litigiosidad no solo ahorra tiempo y recursos, sino que también contribuye a mantener relaciones mercantiles saludables y duraderas.

La ambigüedad o falta de claridad en los términos de un contrato puede generar discrepancias y desacuerdos entre las partes⁵⁸. Cuando existen lagunas o interpretaciones divergentes,

55 Esta idea se puede inferir de lo declarado en LECUYER, H.: «El contrato: acto de previsión», *Revista de Derecho Privado*, n.º 18, 2010, pp. 39 y 40.

56 Precisamente, se están realizando labores de reforma normativa que, desde las directrices propias del Derecho de la Unión Europea, sean de utilidad para facilitar negociaciones más coherentes. Véase lo afirmado en CORREA SABAT, D. I.: «La armonización del Derecho contractual europeo a la luz de las comunicaciones de la comisión sobre Derecho contractual europeo y sobre un Derecho contractual europeo más coherente —Plan de acción—», *Ars Boni et Aequi*, vol. 6, n.º 2, 2010, pp. 39-70, pp. 40, 41, 48, 63 y 64.

57 Ello ayuda a explicar que Groucho Marx se preocupara tanto por cada línea de su contrato en *Una noche en la ópera*.

58 No resulta extraña esta idea, en cuanto que cada parte contratante puede buscar obtener la máxi-

es más probable que se produzcan disputas y se recurra a procesos legales para resolverlas. Ello implica un alto costo tanto en términos económicos como en tiempo y energía, pues los litigios pueden durar mucho, afectando negativamente a las personas involucradas, al no existir medios suficientes para la Administración de Justicia para la adecuada resolución de controversias en un tiempo razonable⁵⁹ y concurrir, en no pocas circunstancias, hechos difíciles de configurar en el relato al que el juzgador debe atribuirle la consecuencia jurídica designada por la norma material aplicable en el fondo del asunto⁶⁰.

Por el contrario, cuando los términos del contrato son claros, se reduce la incertidumbre y se establece una base sólida para las relaciones civiles y mercantiles, de modo que las partes tienen una comprensión clara de sus derechos, responsabilidades y obligaciones, lo que minimiza las posibilidades de malinterpretaciones y conflictos⁶¹. Al contar con un contrato bien redactado y comprensible, las partes pueden anticipar posibles contingencias y establecer mecanismos para su resolución, lo que reduce la probabilidad de disputas judiciales⁶².

La claridad en los términos de un contrato también facilita la resolución de cualquier conflicto que pueda surgir. En caso de desacuerdo, las partes pueden recurrir al contrato como referencia para resolver la disputa de manera más eficiente y menos controvertible⁶³. Si los términos son claros y precisos, las partes pueden llegar a una solución más rápida y menos costosa, ya sea a través de la mediación, el arbitraje u otros métodos alternativos de resolución de conflictos. En cambio, cuando los términos son ambiguos o confusos, se hace más difícil llegar a una resolución clara y justa, lo que puede prolongar el proceso para la finalización del conflicto⁶⁴.

Es importante destacar que la claridad en los términos de los contratos no solo depende de una redacción precisa, sino también de una comunicación efectiva entre las partes. Realmente, se necesita que ambas partes tengan una comprensión clara y compartida de los términos y condiciones del contrato. Ello implica un diálogo abierto, la posibilidad de hacer preguntas y aclaraciones, y la voluntad de llegar a un consenso sobre los términos del con-

ma utilidad a costa de la otra o, al menos, obrar con el miedo de que el otro interviniente busca un aprovechamiento desproporcionado a su costa.

59 DE DIEGO DÍEZ, L.A.: *Sin ejecución del fallo no hay Justicia*, Fe d'Erratas, 2016, pp. 90 a 93.

60 En conexión con este tema, resulta esclarecedor lo afirmado en CALVO GONZÁLEZ, J.: «Verdades difíciles. Control judicial de hechos y juicio de verosimilitud», *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n.º. 15, 2007, p. 4. Igualmente, merece ser resaltado el contenido de CALVO GONZÁLEZ, J.: «Hechos difíciles y razonamiento probatorio (sobre la prueba de los hechos disipados)», *Anuario de filosofía del derecho*, n.º. 18, 2001, pp. 13-34, pp. 14 a 21.

61 En otros ordenamientos, como el Derecho Civil colombiano, se recoge abiertamente el término de las condiciones ambiguas. Véase lo razonado en LAGUADO GIRALDO, C. A.: «Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de buena fe en el contrato de seguro», *Vniversitas*, n.º. 105, 2003, pp. 231- 251, pp. 246 y 247.

62 Siempre será posible celebrar un contrato de transacción en el marco del artículo 1809 del Código Civil, pero es cierto que su estructura es compleja y puede generar problemas en el campo del error. Véase en este sentido la exposición de RUIZ-RICO RUIZ, J. M.: «El error en la transacción», *Anuario de derecho civil*, vol. 44, n.º. 3, 1991, pp. 1093-1198, p. 1195.

63 Ello deriva realmente de la previsión del artículo 1258 del Código Civil, que se refiere a la integración del contrato.

64 Véase concretamente KAFKA, F.: «Vor dem Gesetz», *Selbswehr*, 1915.

trato. La comunicación clara y abierta desde el principio es crucial para evitar malentendidos y confusiones en etapas posteriores a la propia del perfeccionamiento del contrato, situación que recuerda, ante el surgimiento de un litigio, al relato «Ante la ley», redactado por KAFKA⁶⁵.

El cuento «Ante la ley» de KAFKA narra la historia de un hombre que busca ingresar a la Ley, representada por una puerta custodiada por un guardián. A pesar de su persistencia y de los intentos por sobornar al guardián, el hombre pasa largos años esperando sin poder acceder a la Ley. A medida que envejece, se obsesiona cada vez más con el guardián y su deseo de acceder a la puerta se convierte en su única preocupación. Sin embargo, al acercarse al final de su vida, se da cuenta de que la entrada a la Ley era exclusivamente para él y que el guardián está a punto de cerrarla.

La historia plantea diversas interpretaciones y simbolismos. La Ley puede ser entendida como un signo de la búsqueda de la trascendencia o de la realización personal. El guardián, por su parte, representa los obstáculos y las barreras que se interponen en el camino de las personas hacia sus metas. El hombre, a lo largo de su vida, lucha por acceder a la Ley, pero se encuentra con la resistencia y la negativa del guardián, lo que genera una sensación de frustración y desesperanza.

El relato también reflexiona sobre la condición humana y la inevitabilidad de la muerte. El hombre, al acercarse a su fin, cuestiona por qué nadie más ha intentado ingresar a la Ley, lo que revela una sensación de exclusividad y una preocupación por la falta de aspiraciones y deseos de los demás. La respuesta del guardián sugiere que la búsqueda de la Ley es un camino solitario y personal, y que cada individuo debe enfrentar sus propios desafíos y obstáculos.

11. CONCLUSIÓN

La figura emblemática y humorística de Groucho Marx brinda una perspectiva única y cautivadora en relación a la relevancia del sinalagma contractual para la interpretación de los pactos. A lo largo de su destacada trayectoria cinematográfica, Marx utilizó su agudeza mental y su habilidad para el humor con el fin de resaltar los principios fundamentales del Derecho Civil y la importancia de su correcta aplicación para asegurar relaciones contractuales justas y equitativas. Su película *Una noche en la ópera* nos ofrece valiosas enseñanzas acerca del sinalagma contractual y su aplicabilidad en el contexto cotidiano.

En primer lugar, Groucho Marx nos ilustra que el sinalagma contractual desempeña un papel esencial en la salvaguarda de la reciprocidad en los contratos. A través de sus interpretaciones, frecuentemente encarnando a personajes que persiguen obtener desmesurados beneficios o ventajas injustas en sus acuerdos, el humorista nos insta a considerar la importancia de la equidad en las relaciones contractuales y cómo el incumplimiento del sinalagma puede conllevar situaciones caóticas y risibles.

65 Los deberes de información precontractual son fundamentales en este campo para evitar la litigiosidad. Véase lo explicado en GARCÍA-VALDECASAS ALEX, F. J.: *Precontractualidad inmobiliaria, actividad de intermediación y seguridad jurídica*, Tesis doctoral dirigida por OROZCO PARDO, G. (dir. tes.), Universidad de Granada, 2016, pp. 145 a 152.

Asimismo, Groucho Marx emplea su particular estilo sarcástico y humorístico para subrayar las implicaciones legales derivadas del incumplimiento del sinalagma contractual. Mediante situaciones exageradas y absurdas, nos ilustra cómo el no acatamiento de los términos acordados puede generar confusiones y conflictos entre las partes involucradas. Esta representación humorística nos lleva a reflexionar acerca de la trascendencia de redactar contratos de manera clara y comprensible, evitando ambigüedades y cláusulas contradictorias.

Otra lección que se puede extraer de las películas de Groucho Marx es la necesidad de interpretar adecuadamente los pactos. Con frecuencia, los personajes del comediante juegan con el lenguaje y las palabras, buscando posibles vacíos legales o interpretaciones creativas de los contratos. Esta peculiaridad nos muestra que la interpretación de los pactos no puede limitarse únicamente a una lectura literal, sino que requiere un minucioso análisis de las intenciones de las partes involucradas y de las normas legales pertinentes.

Es crucial recalcar que el enfoque humorístico de Groucho Marx ostenta la capacidad de generar risas en la audiencia permite transmitir mensajes de manera efectiva y recordar la importancia de los principios legales de manera memorable. Así, nos enseña que el Derecho Civil no se limita únicamente a un conjunto abstracto de normas, sino que tiene un impacto directo en nuestras vidas y en nuestras interacciones con los demás miembros de la sociedad.

De todo lo expuesto se infiere que Groucho Marx y su genialidad humorística nos brindan una perspectiva sumamente valiosa en relación a la importancia del sinalagma contractual para la interpretación de los pactos con *Una noche en la ópera*. A través de ella, el célebre comediante nos invita a reflexionar acerca de la equidad, la reciprocidad y la adecuada interpretación de los contratos. Sus lecciones humorísticas nos recuerdan que el Derecho Civil constituye un componente fundamental de nuestra sociedad y que su correcta comprensión y aplicación son esenciales para garantizar relaciones justas y equitativas. En definitiva, Groucho Marx nos enseña que, aunque el humor y la sátira pueden ser empleados con fines de entretenimiento, también pueden transmitir mensajes fundamentales acerca del Derecho y la importancia del sinalagma contractual en nuestras vidas.

12. BIBLIOGRAFÍA

AGÜERA, S., y MARTÍN, A.: «La cláusula “*rebus sic stantibus*” y otras fórmulas alternativas utilizadas en la jurisprudencia. Especial referencia a los recientes pronunciamientos judiciales», *Aranzadi digital num. 1/2014*, Editorial Aranzadi, SA.

ALBALADEJO CAMPOY, M. A.: «El sinalagma funcional en los contratos de compraventa de empresa», *Economist & Jurist*, 2021. Recuperado de <https://www.economist-jurist.es/articulos-juridicos-destacados/el-sinalagma-funcional-en-los-contratos-de-compraventa-de-empresa/> (consultado el día 2 de julio de 2023).

ALFARO ÁGUILA REAL, J., y GARICANO, L.: «El legislador bondadoso en la epidemia», *Almacén de Derecho*, 3 de abril de 2020. Recuperado de <https://almacenederecho.org/el-legislador-bondadoso-en-la-epidemia> (consultado el día 30 de julio de 2023).

- BENITO OSMA, F.: «La excesiva onerosidad de las prestaciones en la contratación mercantil», *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. MORILLAS JARILLO, M. J. y PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., PORFIRIO CARPIO, L. J. (dirs.), 2015, pp. 1223-1238.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Introducción al derecho de contratos», *Tratado de contratos*. MORALEJO IMBERNÓN, N. I. y QUICIOS MOLINA, M. S. (coords.), RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), Vol. 1, 2020, pp. 107-139.
- BOZZO HAURI, S.: *La excepción de contrato no cumplido*, Tesis doctoral dirigida por SERRA RODRÍGUEZ, A. (dir. tes.), Universitat de València, 2012.
- CALAMANDREI, P.: *Sin legalidad no hay libertad*, Trotta, 2016.
- CALVO GONZÁLEZ, J.: «Libertad de expresión y “libertad cómica”», *Dikaiosyne: revista semestral de filosofía práctica*, n.º. 18, 2007, pp. 23-42.
- CAMACHO DE LOS RÍOS, F.: «El favor *debitoris* en la interpretación de los contratos: aproximación a un proceso de recepción del Derecho común (Murcia, 1996)», *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*. GARCÍA SÁNCHEZ, J. (dir.), Díaz-Bautista Cremades, A. (aut.), vol. 6, 2021, coord. por FUENTESECA DEGENEFTE, M., pp. 17-28.
- CAÑIZARES LASO, A.: «La aplicación de la *rebus sic stantibus* en la normativa de estado de alarma», *Contratos y negocios afectados por la normativa del estado de alarma*. Coord. por SANJUÁN Y MUÑOZ, E., 2020, pp. 63-94.
- CAPEL DORADO, P.: «*Pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*: ¿normas, cláusulas o postulados fundamentales?», *Economist & Jurist*, 2021. Recuperado de <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/pacta-sunt-servanda-y-rebus-sic-stantibus-normas-clausulas-o-postulados-fundamentales/> (consultado el día 3 de junio de 2023).
- CASTIÑEIRA JEREZ, J.: «Hacia una nueva configuración de la doctrina *rebus sic stantibus*: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º. 4, 2014, 26 pp.
- CORREA SABAT, D. I.: «La armonización del Derecho contractual europeo a la luz de las comunicaciones de la comisión sobre Derecho contractual europeo y sobre un Derecho contractual europeo más coherente —Plan de acción—», *Ars Boni et Aequi*, Vol. 6, n.º. 2, 2010, pp. 39-70.
- DE CASTRO Y BRAVO, F.: «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *Anuario de derecho civil*, vol. 35, n.º. 4, 1982, pp. 987-1086.
- DE DIEGO DíEZ, L. A.: *Sin ejecución del fallo no hay Justicia*, Fe d'Erratas, 2016.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, L.: *Sistema de Derecho civil*, Tecnos, 1983.

- ESPÍN CÁNOVAS, D.: «Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites de la autonomía de la voluntad de la doctrina francesa», *Anuario de derecho civil*, vol. 16, n.º 3, 1963, pp. 783-820.
- FARJAT, G.: *L'ordre public économique*, Librairie Général de Législation et Jurisprudence, 1963.
- FERNANDES DE ALMEIDA, R.: *Alteración de las circunstancias y revisión contractual*, Universidad de Salamanca, 2012, p. 164.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M. A.: *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Wolters Kluwer, 1998.
- FERNÁNDEZ LEÓN, O.: «Causa contractual versus motivación personal», *Legaltoday*, 2011. Recuperado de <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/inmobiliario-y-construccion/causa-contractual-versus-motivacion-personal-2011-04-18/> (consultado el día 2 de julio de 2023).
- FIERRO RODRÍGUEZ, D.: «Riesgos de la pretendida privatización de la ejecución civil por los procuradores», *Economist & Jurist*, 2022. Recuperado de <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/riesgos-de-la-pretendida-privatizacion-de-la-ejecucion-civil-por-los-procuradores/> (consultado el día 3 de julio de 2023).
- GARCÍA CARACUEL, M.: *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Tesis doctoral dirigida por CAÑIZARES LASO, A. y PASQUAU LIAÑO, M. (dirs. tes.), Universidad de Málaga, 2013.
- GARCÍA DAVID, A. J.: «Análisis de los negocios jurídicos criminalizados», *Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado CEJUP*, vol. 1, n.º 1, 2023, pp. 301-310.
- GARCÍA-VALDECASAS ALEX, F. J.: *Precontractualidad inmobiliaria, actividad de intermediación y seguridad jurídica*, Tesis doctoral dirigida por OROZCO PARDO, G. (dir. tes.), Universidad de Granada, 2016.
- GÓMEZ POMAR, F., y SÁNCHEZ AGUILERA, J. A.: «Cláusula *rebus sic stantibus*: viabilidad y oportunidad de su codificación en el derecho civil español», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1, 2021.
- GONZÁLEZ TRIGO, N. A.: *La libre circulación de bienes y servicios como sostén ideológico del fenómeno globalizador desarrollado desde el Derecho Romano hasta la actualidad*, Tesis doctoral dirigida por RODRÍGUEZ ENNES, L. (dir. tes.), Universidad de Vigo, 2021.
- IMAZ ZUBIAUR, L.: «El carácter excepcional de la cláusula *rebus sic stantibus* y su innecesaria articulación para la revisión de las obligaciones intrafamiliares», *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º. Extra 17, 2, 2022, pp. 2182-2217.
- KAFKA, F.: «Vor dem Gesetz», *Selbswehr*, 1915.

- LAGUADO GIRALDO, C. A.: «Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de buena fe en el contrato de seguro», *Vniversitas*, n.º. 105, 2003, pp. 231- 251.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Curso de Derecho civil patrimonial: introducción al Derecho*, Tecnos, 2008.
- LECUYER, H.: «El contrato: acto de previsión», *Revista de Derecho Privado*, n.º. 18, 2010.
- MAGALDI PATERNOSTRO, M. J.: «Ilícito civil y negocio jurídico criminalizado: ¿son posibles criterios objetivos de diferenciación», *Annals de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, n.º. 5, 2012-2014, pp. 513-532.
- MORENO-TORRES HERRERA, M. L.: «Otros efectos de la pérdida fortuita», *Anuario de derecho civil*, vol. 49, n.º. 1, 1996, pp. 187-243.
- MORINEAU IDUARTE, M., y IGLESIAS GONZÁLEZ, R.: *Derecho romano*, Oxford, 2008, p. 178.
- OTERO COBOS, M. T.: «Manifestación del consentimiento y perfección del contrato a través de "smartphones"», *Desafíos actuales del derecho: Aportaciones presentadas al II Congreso Nacional de jóvenes investigadores en Ciencias Jurídicas*. SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO, G. y PASTOR GARCÍA, A. M. (coords.), VALENCIA SÁIZ, Á. (dir.), 2020, pp. 1110-1121.
- PLATA LÓPEZ, L. C.: «La naturaleza social y económica del contrato», *Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, n.º. 23, 2005, pp. 97-110.
- RAMOS OLANO, S.: «El derecho de receso y la redacción del contrato», *Revista de derecho*, año 14, n.º. 27, 2015, pp. 117-135.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, B., y RUIZ ARRANZ, A.: «Consecuencias de la epidemia: reequilibrio contractual y Covid-19», *Almacén de Derecho*, 16 de abril de 2020. Recuperado de <https://almacenederecho.org/consecuencias-de-la-epidemia-reequilibrio-contractual-y-covid-19> (consultado el día 30 de julio de 2023).
- RODRÍGUEZ-ROSADO, B.: *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, 2013.
- RUIZ-RICO RUIZ, J. M.: «El error en la transacción», *Anuario de derecho civil*, vol. 44, n.º. 3, 1991, pp. 1093-1198.
- SALVADOR CODERCH, P.: «Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º. 4, 2009.
- SALVADOR CODERCH, P.: «Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º. 4, 2009.
- SERRANO ACITORES, A.: «El principio de conservación de los contratos frente a las figuras de la nulidad y la anulabilidad», *Noticias jurídicas*, 1 de junio de 2010. Recuperado de

<https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4553-el-principio-de-conservacion-de-los-contratos-frente-a-las-figuras-de-la-nulidad-y-la-anulabilidad/> (consultado el día 1 de julio de 2023).

TORRES VÁSQUEZ, A.: *Teoría general del Contrato*, Tomo I, Pacífico editores, 2012.

VERDERA SERVER, R.: «Artículo 1091. Obligaciones contractuales», *Código civil comentado*. CAÑIZARES LASO, A., de PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, F. J., VALPUERTA FERNÁNDEZ, R., vol. 3, 2011. Coord. por ORDUÑA MORENO, F. J., PLAZA PENADÉS, J., RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., pp. 43-48.

VILLABLANCA VILLA, Y.: «Algunos límites semánticos en la redacción de contratos más inteligentes», *Revista chilena de derecho y tecnología*, vol. 11, n.º. 2, 2022, pp. 301-328.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: «La cláusula “*rebus sic stantibus*” no puede dar tanto de sí», *Hay Derecho*, 3 de noviembre de 2014. Recuperado de <http://hayderecho.com/2014/11/03/la-clausula-rebus-sic-stantibus-no-puede-dar-tanto-de-si/> (consultado el día 1 de julio de 2023).

ZURILLA CARIÑANA, M. A.: «Resolución de contratos por imposibilidad de obtener crédito. Paro, caída de precios, recortes presupuestarios y ejecución del contrato, ¿eficacia de la cláusula *rebus sic stantibus*?», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º. 7, 2013, pp. 218-227.

EL HOMBRE QUE CAYÓ A LA TIERRA... Y QUE NOS HACE PENSAR SOBRE LA CONDICIÓN HUMANA Y SUS DERECHOS

José Francisco Alenza García

Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Pública de Navarra

Con motivo del 40 aniversario de la publicación de *The man who fell to Earth*, de Walter Tevis, se ha reeditado en español (traducción de José María Aroca en Alfaguara) una de las novelas esenciales de ciencia ficción que, más allá de los alardes futuristas y tecnológicos, se centra en el planteamiento de notables dilemas existenciales, así como algunas interesantes cuestiones de índole jurídica que comentaré someramente.

La novela de Walter Tevis (autor de otros notables libros tan variopintos como *El buscavidas*, *Sinsonte*, *Gambito de dama* o *El color del dinero*) narra la historia de Thomas Jerome Newton, un extraterrestre que, con apariencia humana, llega a la Tierra desde el lejano planeta Anthea. El estudio previo de las sociedades humanas le permite aprovechar su privilegiada inteligencia y sus avanzados conocimientos tecnológicos para enriquecerse mediante la explotación de asombrosas patentes industriales. Con el gran capital acumulado inicia su anhelado proyecto de construir un transbordador con el que traer a sus congéneres a la Tierra y salvarlos del colapso de Anthea causado por una guerra nuclear. Sin embargo, el contacto con los humanos hace que se involucre en sus problemas y que se proponga ayudarles para evitar que la historia de su planeta se repita en la Tierra. Pero este nuevo mesías caído del cielo se topará con las sospechas y la crueldad de un Gobierno que acabará destruyendo sus ilusiones y su esperanza en el ser humano y abocando a este nuevo Ícaro a ahogarse en la amargura, la abulia y el alcohol.

El giro que da esta novela al género de la ciencia ficción radica en el nuevo tipo de extraterrestre que llega a la Tierra. El alienígena Newton no utiliza su abrumadora superioridad intelectual para constituir una amenaza dominadora o destructora. Más bien funciona como un espejo que refleja las debilidades del ser humano al mostrar sus dificultades de adaptación, su vulnerabilidad y su confusión en una cultura que, aunque inferior a la suya, no deja de asombrarle. James Sallis dijo de ella que es «una de las mejores novelas de ciencia ficción de todos los tiempos. Una evocación de la soledad existencial, una fábula cristiana, una parábola del artista».

Desde el punto de vista jurídico, la novela plantea cuatro cuestiones de interés:

1.^a La condición jurídica de persona y la titularidad de derechos humanos.

Desde el principio queda claro que Newton «no era un hombre; pero era muy parecido a un hombre». No obstante, cuando Nathan Bryce, el científico que se hace amigo de Newton, le plantea directamente si es humano, éste le contesta en términos relativos: «Según lo que entienda usted por eso. Bastante humano, al fin y al cabo». Más adelante, constata que se había «humanizado» como consecuencia de su convivencia con los seres humanos: «Él compartía con los humanos una ascendencia más próxima que el parentesco común en la familia de mamíferos y animales peludos en general. Tanto él como los humanos eran seres articulados, racionales, capaces de perspicacia, predicción y emociones llamadas imprecisamente amor, piedad y reverencia. Y, como él había descubierto, capaces de embriagarse».

Sin embargo, para las agencias gubernamentales no era un humano auténtico y, por tanto, carecía de derechos. Cuando le detienen y él solicita llamar a su abogado le informan de que «no puede llamar a su abogado. Usted no tiene derechos constitucionales». No sólo carece de derechos políticos y de garantías procesales, sino que tampoco se respetan sus derechos a la integridad física y psíquica (es sometido a pruebas médicas y a experimentos que lesionan su cuerpo y su mente).

El dilema que plantea Walter Tevis es si se pueden negar los derechos más elementales a un alienígena humanoide (más inteligente y sintiente que los humanos) y si eso no nos haría a nosotros menos humanos.

2.^a Crimen de Estado y principio de legalidad.

Una vez detectado a un extraterrestre ¿se le puede detener y castigar? ¿Su mera presencia en la Tierra es ilícita? Newton no reconoce en los interrogatorios a los que le somete la CIA que es un alienígena. Para justificar la anormalidad de su fisiología afirma que es un mutante, una especie nueva y, agudamente, señala que no cree «que eso sea ilegal». El director de la CIA admite que no es ilegal. Ciertamente, ninguna ley humana tipifica como delictiva la existencia de mutantes o la presencia en la Tierra de extraterrestres. No obstante, el propio director de la CIA reconoce que se plantearon matarle para resolver el problema. Sin embargo, no se hizo por las consecuencias políticas negativas que la ejecución podía para tener el Gobierno. Y como no existían pruebas de que Newton constituyera una amenaza terminaron por liberarle.

3.^a ¿Existe el derecho al libre albedrío de la humanidad?

Nathan Bryce plantea a Newton si es lícita la ayuda sobrehumana que éste puede prestar a la humanidad impidiendo su destrucción por una guerra nuclear. Bryce considera que esa ayuda supondría una intromisión injustificable en el libre albedrío del ser humano. Bryce le plantea a Newton la siguiente cuestión: «¿Acaso el género humano no tiene derecho a elegir su propia forma de destrucción?». A lo que contesta Newton: «¿Cree usted realmente que el género humano tiene ese derecho?» «No lo sé —contesta Bryce— ¿No existe acaso algo llamado destino humano? ¿El derecho a realizarnos, a vivir nuestras propias vidas y aceptar nuestras propias consecuencias?».

4ª. La necesidad del asesoramiento jurídico para la explotación comercial de los avances tecnológicos (y deontología de la abogacía).

El plan de Newton requería enriquecerse con gran rapidez para poder construir un transbordador espacial con el que traer a sus congéneres a la Tierra. Para ello debía contar con el imprescindible asesoramiento jurídico y acude a Oliver Farnsworth, «el mejor en asuntos de patentes de toda Norteamérica». Efectivamente, con Farnsworth logra Newton crear un holding empresarial (World Enterprises Corporation) y explotar las patentes industriales basadas en su tecnología extraterrestre. Pero su proyecto necesita ganar la mayor cantidad de dinero posible. Es entonces cuando conocemos el auténtico talante del abogado. En efecto, para calcular la rapidez en la acumulación de riquezas y su cantidad, Farnsworth le plantea dos cuestiones: «En primer lugar, ¿hasta qué punto quiere usted jugar limpio, señor Newton? Absolutamente, dentro de la más estricta legalidad (...). Pasemos al segundo punto: ¿cuál será mi parte? El 10 % de los beneficios netos. El 5 % de todas las acciones». Satisfecha la avaricia de Farnsworth, éste logrará enriquecer a su cliente (y a sí mismo) con gran celeridad.

Como es propio de los clásicos, esta novela plantea cuestiones de plena actualidad y, por ello, es posible disfrutar de su lectura 40 años después de su publicación. Como también podemos deleitarnos con su adaptación cinematográfica de 1976 (titulada en español como *El hombre que vino de las estrellas*) dirigida por Nicolas Roeg y protagonizada por David Bowie en el papel de Newton.

MANOS ANÓNIMAS

Javier Francisco Aga

Profesor en la Universidad Nacional del Litoral –Santa Fe– Argentina



«Las grandes calamidades son siempre aleccionadoras, y sin duda el más terrible drama que en toda su historia sufrió la Nación durante el periodo que duró la dictadura militar iniciada en marzo de 1976 servirá para hacernos comprender que únicamente la democracia es capaz de preservar a un pueblo de semejante horror, que sólo ella puede mantener y salvar los sagrados y esenciales derechos de la criatura humana. Únicamente así podremos estar seguros de que *nunca más* en nuestra patria se repetirán hechos que nos han hecho trágicamente famosos en el mundo civilizado». (Ernesto Sábato –Prólogo del libro *Nunca más*–).

Manos anónimas es la serie de obras compuesta por 33 dibujos realizados entre 1981 y 1991. Actualmente se encuentran expuestas en el Museo Superior de Bellas Artes «Evita –Palacio Ferreyra–» de la ciudad de Córdoba (Argentina). *Manos anónimas* es el arte que se expresa como lenguaje de aquello que no podemos con palabras. Su autor, Carlos Alonso¹ inmortalizó el horror de la violación de los derechos humanos de la última dictadura militar vivida en la Argentina entre los años 1976 y 1983. En los trazos, habitan los binomios como el pasado y el presente; el exilio y el dolor; la injusticia y la represión; la víctima y el victimario; el sufrimiento individual y la tragedia colectiva; y por fin, el arte y los derechos humanos.

El 10 de diciembre de 2023 será una fecha especial para el mundo entero y, en especial, para la República Argentina. Conmemoraremos el 75.º aniversario de la Declaración Univer-

1 Carlos Alonso es uno de los grandes pintores argentinos del siglo XX. Nació el 4 de febrero de 1929 en Tunuyán, Provincia de Mendoza. Desde 1981 vive en la localidad de Unquillo, Provincia de Córdoba. Sus maestros en el arte fueron Lino Enea Spilimbergo y Pompeyo Audivert. Luego del golpe militar del 24 de marzo de 1976 tuvo que exiliarse en Italia y luego en Madrid. En el año 1977 su hija Paloma fue secuestrada y desaparecida.

sal de los Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas reunida en París. Y en nuestro país, celebramos los 40 años de vigencia ininterrumpida del sistema democrático, constituyendo el período más largo en toda nuestra historia política-institucional. Aquél 10 de diciembre de 1983 no fue un día más para los argentinos sino un momento bisagra en nuestra vida soberana, democrática y republicana. Fue un gran día de festejo popular, como pocas veces se vio. Soñábamos con dejar atrás una etapa de decadencia y disgregación a cambio de un porvenir de progreso y bienestar. En ese momento histórico, por primera vez comprendimos el valor de la *Supremacía de la Constitución*, sea como verdadera y auténtica norma jurídica de orden superior que garantiza los derechos y libertades, sea como directriz fundamental que orienta a los poderes públicos y condiciona a los privados, en base a los valores y principios que en ella se plasman.

El presidente Raúl Alfonsín supo entender que había que pacificar al país. Para ello, había que recuperar la centralidad de la Constitución resolviendo los conflictos por medio de la ley en un escenario marcado por las instituciones democráticas. Como mandatario, lo primero que hizo fue cumplir con las promesas de campaña: investigar y juzgar a los responsables de los crímenes del terrorismo de estado; democratizar las instituciones; y reactivar en forma urgente una economía devastada, para evitar la caída de empleo y salario. En su primer discurso en el Congreso de la Nación, Alfonsín dijo *«Mucha gente no sabe qué significa vivir bajo el imperio de la Constitución y la ley, pero ya todos saben qué significa vivir fuera del marco de la Constitución y la ley»*. De esta forma señalaba una fundamental diferencia entre autoritarismo y democracia, que no es otra cosa que remarcar el profundo contraste que existe entre vivir subordinado a la autoridad de una persona y vivir subordinado a la autoridad de la ley.

Sin lugar a dudas, esa reconversión de la vida institucional del país, vino acompañado de una serie de acertadas decisiones políticas del gobierno nacional para poner al derecho, esta vez y para siempre, en el centro de la escena de nuestras vidas. Entre ellas:

- a) La anulación del decreto de auto-amnistía de la dictadura militar, ya que la misma no tenía la misma legitimidad jurídica que las normas democráticas por carecer de la presunción de legitimidad moral que la deliberación democrática otorga a sus decisiones.
- b) La internacionalización de las demandas y la firma de Tratados Internacionales de Derechos Humanos, aumentando no solo la lista de derechos disponibles en el sistema jurídico argentino sino también ampliando las jurisdicciones ante las cuales reclamar por las violaciones a los mismos.
- c) La ratificación de la jurisdicción de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- d) Los lazos políticos, económicos y jurídicos con los países vecinos de Brasil, Uruguay y Paraguay a través del MERCOSUR.
- e) La firma del Tratado de Paz y Amistad con otro vecino como Chile, para resolver de manera pacífica el problema limítrofe con las islas del canal del Beagle en Tierra del Fuego.
- f) La creación de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, con el objetivo de aclarar e investigar la desaparición de personas producidas durante la dictadura militar en el país. La comisión estuvo presidida por el reconocido escritor argentino Ernesto Sábato e integrada por intelectuales, artistas y activistas de derechos humanos. Redactó un informe titulado «Nunca Más» también conocido como «Informe Sábato»,

publicado por primera vez en septiembre del año 1984 por la Editorial de la Universidad de Buenos Aires (EUDEBA).

Cabe recordar que el 15 de diciembre de 1983, es decir, cinco días después de haber asumido la presidencia, Raúl Alfonsín firmó el decreto n.º 187/83 ordenando la constitución de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, más conocida como la CONADEP. Los objetivos fueron precisos y claros:

- Recibir denuncias y pruebas sobre aquellos hechos y remitirlas inmediatamente a la justicia si ellas están relacionadas con la presunta comisión de delitos.
- Averiguar el destino o paradero de las personas desaparecidas, como así también toda otra circunstancia relacionada con su localización.
- Determinar la ubicación de niños sustraídos a la tutela de sus padres o guardadores a raíz de acciones emprendidas con el motivo alegado de reprimir al terrorismo, y dar intervención en su caso a los organismos y tribunales de protección de menores.
- Denunciar a la justicia cualquier intento de ocultamiento, sustracción o destrucción de elementos probatorios relacionados con los hechos que se pretende esclarecer.
- Emitir un informe final, con una explicación detallada de los hechos investigados, a los ciento ochenta (180) días a partir de su constitución.

La Comisión fue pionera en la búsqueda de la verdad acerca de la represión brutal del terrorismo de Estado que hubo en Argentina. No hubo fascismo y mucho menos genocidio, pero fue tan terrible lo que nos tocó vivir en el pasado como para que ahora debamos soportar una mirada tramposa de lo real. En los últimos años se ha politizado el debate acerca del número de desaparecidos: ¿8.000 o 30.000? En todos los casos, los desaparecidos fueron víctimas de una dictadura militar. Según la CONADEP, fueron desaparecidas casi 9.000 personas, cifra que el Estado ha ido actualizando aunque apenas ha variado.

En opinión de Graciela Fernández Meijide², quien se desempeñó como Secretaria de Recepción de Denuncias de la Comisión dijo: «*Todo se hizo a una intensa velocidad, por lo tanto pudo haber habido en su momento nombres repetidos. Hoy día, la Secretaria de Derechos Humanos, que recibió la herencia de la Conadep, tiene una lista que se puede ver por internet de casi 8.000 desaparecidos*». Pero lo más importante fue que ese informe tan exhausto como desgarrador titulado *Nunca más*, sirvió de base probatoria para llevar a cabo en el año 1985 el juicio y condenas a los integrantes de las Juntas Militares y demás responsables de las violaciones a los derechos humanos en la última dictadura. A 40 años de democracia constitucional, nuestro más sincero homenaje a los hombres y mujeres de la política y el arte, que se atrevieron a enfrentar al miedo y a la muerte, enseñándonos acerca de las bondades que trae aparejado la generación de una cultura de la libertad imprescindible para garantizar la perenne vigencia de los derechos fundamentales.

2 Rosa Graciela Castagnola de Fernández Meijide. El 23 de octubre de 1976, su hijo Pablo de 17 años fue secuestrado por la dictadura militar. Por su lucha incansable por la Memoria, Verdad y Justicia, por su honestidad, su dignidad y por los valores democráticos y republicanos que siempre pregona, Graciela es la **gran dama de los derechos humanos en Argentina**.



CULTUS ET IUS

*Revista de Derecho,
Cultura y Bellas Artes*