

***rBD*** 

---

REVISTA  
BOLIVIANA  
DE DERECHO

---

Publicación de circulación nacional.  
Iuris Tantum. Revista Boliviana de Derecho

**Editorial: Fundación Iuris Tantum**

Santa Cruz de la Sierra - Bolivia

Pasaje Tumusla 77

Tel. +591 3 3375330

Correo Electrónico:

orlandoparada.vaca@gmail.com

revistarbd@gmail.com

info@revistabolivianadederecho.org

**www.revistabolivianadederecho.org**

también en **facebook** <https://www.facebook.com/revistabolivianadederecho>

y **twitter** <https://twitter.com/Vyjsantacruz>

Coordinación General: Nahir Coimbra Peña

Diagramación General: Elias On - [elias.on@live.com](mailto:elias.on@live.com)

Indexada en:

- LATINDEX (Producido por la Universidad Nacional Autónoma de México)
- INDEX TO FOREIGN LEGAL PERIODICALS (Producido por la Asociación Americana de Bibliotecas Jurídicas)
- SciELO (Scientific Electronic Library Online)
- ESCI (ISI-Thomson Reuters)
- ANVUR (Agencia Nacional de Evaluación del sistema universitario y de investigación en Italia)
- e-revist@as (Consejo Superior de Investigaciones Científicas de España)
- REDALYC (Red de Revistas Científicas de América Latina y El Caribe, España y Portugal) Expediente 156/2015A/E.

Depósito Legal: 4-3-18-06

ISSN: 2070-8157

© Derechos Reservados de los Autores

Impreso en Bolivia - *Printend in Bolivia*

# SUMARIO

25

## DOCTRINA

### A) DERECHO CONSTITUCIONAL

- 01/ La diversa política legislativa seguida por las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio al amparo del art. 149.1.8ª CE. Aurora López Azcona (España)..... 20

### B) DERECHO DE LA PERSONA

- 02/ ¿Cuenta el ordenamiento jurídico cubano con herramientas suficientes para tutelar el derecho de disposición sobre el cadáver? Jorge Enriquez Sordo (Cuba). .....62
- 03/ Interés público informativo y minusvaloración del derecho a la imagen de un político en Chile. Jorge Aillapán Quinteros (Chile)..... 110

### C) DERECHO DE FAMILIA

- 04/ La dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de familia en México: principales criterios jurisprudenciales. Gisela Pérez Fuentes (México)..... 144

### D) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

- 05/ Algunas consideraciones sobre la nulidad de la cláusula de gastos en la hipoteca. Carolina del Carmen Castillo Martínez (España)..... 174
- 06/ El control de la transparencia en las cláusulas suelo. Gonzalo Muñoz Rodrigo (España)..... 212

### E) DERECHOS REALES

- 07/ Notas sobre el patrimonio en el derecho venezolano, María Candelaria Domínguez Guillén y Carlos Pérez Fernández (Venezuela)..... 272
- 08/ Principio de proporcionalidad y garantías hipotecarias. Stefania Giova (Italia)..... 306
- 09/ Por el derecho de superficie: defensa de una útil desmembración de la propiedad. Tatiana Oñate, Luisa Fernanda García y Francisco Ternera (Colombia)..... 320

### F) DERECHO DE SUCESIONES

- 10/ La garantía registral (anotación preventiva) del legado. Mikel Mari Karrera Egialde (España)..... 342

### G) DERECHO MERCANTIL

- 11/ Regímenes de amparo y cobertura de los desastres naturales en el Derecho español. Carlos Ruiz-Tagle Vial y Luis Colman Vega (España)..... 376

## H) DERECHO PROCESAL

- 12/ Retrato de la justicia civil en el siglo XXI: ¿caos o una nueva estrella fugaz? Silvia Barona Vilar (España)..... 416
- 13/ Una lectura restaurativa acerca de los “códigos éticos” de la policía: mucho más que mediación policial. Raquel Castillejo Manzanares y Cristina Alonso Salgado (España)..... 446
- 14/ Algunos desafíos procesales de la jurisdicción especial de paz. Carlos Felipe Ballén Jaime (Colombia)..... 474

## I) DERECHO DEL TRABAJO

- 15/ Aspectos críticos sobre recientes reformas del despido en el ordenamiento español y la posible conveniencia de un fondo de capitalización. Enrique Lalaguna Holzwarth (España)..... 502

## CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO

- 16/ La jurisprudencia del TEDH sobre la libertad de expresión de los jueces. Jorge Antonio Climent Gallart (España)..... 524
- 17/ La prueba electrónica en el proceso penal y el valor probatorio de conversaciones mantenidas utilizando programas de mensajería instantánea. Raquel Borges Blázquez (España)..... 536
- 18/ El medio ambiente sano: la consolidación de un derecho. Elena de Luis García (España)..... 550
- 19/ La participación del menor en la audiencia de exploración. J. Harry Clavijo Suntura (Ecuador)..... 570
- 20/ La jurisdicción especial indígena en el sistema jurídico colombiano. Alejandro Gómez Velásquez (Colombia)..... 586

## COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

### A) DERECHO DE LA PERSONA

- 21/ La libertad de expresión de los diplomáticos: comentario de la STEDH 17 de noviembre de 2016. Caso Karpetyan y otros c. Armenia. Jorge Antonio Climent Gallart (España)..... 612

### B) DERECHO DE FAMILIA

- 22/ La pérdida del carácter “familiar” de la vivienda en la que se había desarrollado la convivencia conyugal. Comentario a la STS núm. 524/2017, de 27 de septiembre. Pedro Chaparro Matamoros (España)..... 620

### C) DERECHO DE SUCESIONES

- 23/ Emigración y retorno: de la incapacidad para suceder ex artículo 470 del Código Civil a la “restitución” de la capacidad sucesoria, incluso en fase de adjudicación. Comentario a la Sentencia No. 140 de 8 de marzo de 2017 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo de Cuba Leonardo B. Pérez Gallardo (Cuba)..... 636

### D) DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

- 24/ El “phishing” como delito de estafa informática. Comentario a la SAP de Valencia 37/2017 de 25 de enero. Diego Eloy García García (España)..... 650

**PANORAMA**

- 25/ Reajustes en el sistema de seguridad social español para su sostenibilidad. María Antonia Pérez Alonso (España)..... 662
- 26/ Las alternativas políticas en torno al reconocimiento de la diversidad lingüística propia y los derechos lingüísticos, y sus consecuencias en la interpretación o reforma de la Constitución Española. Vicenta Tasa Fuster (España)..... 680

**FUNDACIÓN IURIS TANTUM**  
**DR. ORLANDO PARADA VACA**  
Presidente

**DIRECCIÓN GENERAL**  
**DR. JOSÉ RAMÓN DEVERDA Y BEAMONTE**  
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

**DIRECCIÓN ACADÉMICA**  
**DR. ALEX PARADA MENDÍA**  
Prof. Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Bolivia

**SECRETARÍA**  
**DR. PEDRO CHAPARRO MATAMOROS**  
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

**CONSEJO EDITORIAL**  
**DR. PEDRO TALAVERA FERNÁNDEZ**  
Prof. Titular de Filosofía del Derecho, Universidad de Valencia, España

**DRA. VIRGINIA PARDO IRANZO**  
Prof.<sup>a</sup> Titular de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

**DRA. ROSA MOLINER NAVARRO**  
Prof.<sup>a</sup> Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

**Msc. JERJES JUSTINIANO ATALÁ**  
Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Bolivia

## COMITÉ CIENTÍFICO:

- DR. ÁNGEL A. BLASCO PELLICER  
Catedrático de Derecho del Trabajo, Universidad de Valencia, España
- DRA. PÍA CALDERÓN CUADRADO  
Catedrática de Derecho Procesal, Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, España
- DR. SALVADOR CARRIÓN OLMOS  
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España
- DR. ÍÑIGO DE LA MAZA GAZMURI  
Catedrático de Derecho Civil, Universidad Diego Portales, Chile
- DR. JORGE ESQUIROL  
Law Professor, Florida International University (FIU), USA
- DR. GIAMPAOLO FREZA  
Catedrático de Derecho Privado, Universidad Lumsa de Palermo, Italia
- DR. ENRIQUE GÓMEZ ROYO  
Catedrático Emérito de Derecho Romano, Universidad de Valencia, España
- DR. FRANCISCO JOSÉ MAGRANER MORENO  
Catedrático de Derecho Financiero, Universidad de Valencia, España
- DR. LORENZO MEZZASOMA  
Catedrático de Derecho Privado, Universidad de Perugia, Italia
- DR. CARLOS PIZARRO WILSON  
Catedrático de Derecho Civil, Universidad Diego Portales, Chile
- DRA. MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ  
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España
- DR. EMILIANO BORJA JIMÉNEZ  
Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Valencia, España
- DR. GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA  
Catedrático de Derecho Privado, LUMSA, Palermo, Italia
- DR. JOSÉ ANTONIO COBACHO GÓMEZ  
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Murcia, España
- DR. JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO  
Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Valencia, España
- DR. ANDREA FEDERICO  
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Salerno, Italia
- DR. LAURENT NEYRET  
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Artois, Francia
- DR. GABRIEL GARCÍA CANTERO  
Catedrático Emérito de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España
- DRA. AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI  
Catedrática de Derecho de Familia, Universidad de Cuyo, Argentina
- PROF. FABRICIO MANTILLA ESPINOSA  
Catedrático de Contratos civiles y mercantiles, Universidad del Rosario, Colombia
- DR. JAVIER ORDUÑA MORENO  
Catedrático de Derecho Civil, Magistrado Sala 1ª del Tribunal Supremo, España
- DRA. ILIANA PORRAS,  
Law Professor and Dean of the Law Faculty, Miami University, USA
- DR. FRANCISCO TERNERA BARRIOS,  
Catedrático de Derecho Civil, Universidad del Rosario, Colombia
- DR. ÁLVARO VIDAL OLIVARES  
Catedrático de Derecho Civil, Universidad Católica de Valparaíso, Chile
- DOÑA CLARA BAYARRI GARCÍA,  
Magistrada de la Sección Tercera de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de España

## RESPONSABLES DE SECCIÓN:

### **Derecho y Bioética**

DRA. JOSEFINA ALVENTOSA DEL RÍO  
Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

### **Derecho Constitucional**

DR. JUAN MARTÍNEZ OTERO  
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo, Universidad de Valencia, España

### **Derecho y Deporte**

DR. EMANUELE INDRACCOLO  
Profesor Titular de Derecho Privado, Universidad de Salerno, Italia

### **Derecho Internacional Privado**

DR. ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ  
Profesor Contratado Derecho Internacional Privado, Universidad Miguel Hernández de Elche, España

### **Derecho Mercantil**

DR. PABLO GIRGADO PERENDONES  
Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Tarragona, España

### **Derecho Procesal**

DRA. ROSA MARÍA PASCUAL SERRATS  
Profesora de Derecho Procesal, Universidad CEU-Valencia, España

### **Derecho de Consumo**

DRA. MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ  
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

### **Derecho Financiero**

DR. FERNANDO HERNÁNDEZ GUIJARRO  
Profesor Asociado de la Universidad Politécnica de Valencia, España

### **Derecho Medioambiental**

DRA. ANNA MALOMO  
Profesora Titular Acreditada de Derecho Privado, Universidad de Salerno, Italia

### **Derecho Notarial y Sucesorio**

DRA. MARÍA ELENA COBAS COBIELLA  
Profesora Contratada Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

### **Derecho Penal**

DRA. ASUNCIÓN COLÁS TURÉGANO  
Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Valencia, España

### **Propiedad Intelectual e Industrial**

DR. PEDRO CHAPARRO MATAMOROS  
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

### **Teoría General del Derecho**

DR. PEDRO TALAVERA FERNÁNDEZ  
Profesor Titular de Filosofía del Derecho, Universidad de Valencia, España

### **Derecho Comparado**

DR. GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA  
Catedrático de Derecho Privado, LUMSA, Palermo, Italia

### **Derecho del Trabajo**

DR. EDUARDO TALÉNS VISCONTI  
Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la SS, Universidad de Valencia, España.



## CONSEJO DE REDACCIÓN

DR. GIOVANNI BERTI DE MARINIS  
Profesor Investigador en Derecho Privado, Universidad de Perugia, Italia

D. DIEGO ELOY GARCÍA GARCÍA  
Graduado en ADE-Derecho, Universidad de Valencia, España

D. FRANCESCO LA FATA  
Doctorando en Derecho, Universidad del Sannio, Italia

D. GONZALO MUÑOZ RODRIGO  
Graduado en Derecho, Universidad de Valencia, España.

D. VALERIO ROTONDO  
Doctorando en Derecho, Universidad del Molise, Italia



FUNDACIÓN IURISTANTUM  
REVISTA BOLIVIANA DE DERECHO  
AÑO XIII - N°25  
**ENERO/2018**  
EDICIÓN SEMESTRAL  
ISSN-2070-8157  
SANTA CRUZ - BOLIVIA

## FINES Y OBJETIVOS

Nuestra finalidad es difundir el pensamiento jurídico boliviano y colocar al alcance de los juristas nacionales la doctrina en el ámbito iberoamericano.

Tenemos como objetivo contribuir al desarrollo de la ciencia jurídica, promoviendo el debate sobre temas jurídicos relevantes ya que, el conocimiento de la doctrina y el pensamiento jurídico actualizado y moderno permitirá que, también los bolivianos, podamos integrarnos al mundo globalizado de hoy, intentando producción propia en la interpretación y aplicación de nuestra legislación, siempre en defensa de los derechos fundamentales.

### **COBERTURA TEMÁTICA:**

Las áreas que intentamos abarcar son: Derecho Constitucional, Derecho Penal, Derecho Administrativo, Derecho Civil y Derecho Comercial o Mercantil.

### **PÚBLICO AL QUE ESTÁ DIRIGIDO:**

Juristas, docentes, estudiosos e investigadores, estudiantes y curiosos de la ciencia del Derecho en sus diversas manifestaciones.

## **FINES, TÉRMINOS Y CONDICIONES DE USO DE RBD**

### **I. Generalidades.**

Este sitio web ([www.revistabolivianadederecho.com](http://www.revistabolivianadederecho.com)), es propiedad de la “Fundación Iuris Tantum”, entidad boliviana sin ánimo de lucro, con domicilio en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra.

El uso de este sitio web implica la aceptación y el cumplimiento, por parte del usuario del sitio web, de todas y cada una de las presentes Condiciones de Uso, especialmente, del compromiso de no realizar aquellas conductas que más abajo se detallan como prohibidas. El mero acceso y/o utilización del sitio web, de todos o parte de sus contenidos y/o servicios significa la plena aceptación de las presentes condiciones generales de uso.

La “Fundación Iuris Tantum” podrá establecer limitaciones y/o condiciones adicionales para el uso y/o acceso al sitio web y/o a los contenidos, las cuales deberán ser observadas por los usuarios en todo caso.

### **2. Usos permitidos.**

La utilización permitida del presente sitio web atiende a fines exclusivos de investigación y documentación jurídica, sin que se permita la explotación privada o comercial de ninguna de las obras que forman parte de los distintos números de la Revista Boliviana de Derecho, ya sean ordinarios o extraordinarios. Queda prohibido el uso de cualquier sistema o software automatizado para extraer datos de esta página web para fines comerciales (adquisición de datos o “screen scraping”).

Ante el uso indebido y no autorizado de la presente página web, la Fundación Iuris Tantum se reserva el derecho a ejercitar las acciones que considere oportunas, incluso a instar procedimientos judiciales sin previa notificación.

### **3. Modificaciones de los términos y condiciones de uso.**

La Fundación Iuris Tantum se reserva la facultad de modificar en cualquier momento, sin previo aviso, las condiciones generales de uso del sitio web.

### **4. Obligaciones del usuario.**

El usuario deberá consultar y respetar en todo momento los términos y condiciones establecidos en las presentes condiciones generales de uso del sitio web. Asimismo, deberá cumplir las especiales advertencias o instrucciones contenidas en el sitio web y a obrar siempre conforme a la ley, a las buenas costumbres y a las exigencias de la buena fe, teniendo en cuenta la naturaleza gratuita del servicio del que disfruta.

## **5. Cláusula de limitación de responsabilidad.**

La Fundación Iuris Tantum no asume responsabilidad alguna respecto a los posibles daños y perjuicios causados por el uso de este sitio web o de cualquier otro al cual se haya accedido a través de un enlace inserto en el presente sitio web.

## **6. Propiedad intelectual e industrial.**

El presente sitio web se reserva todos los derechos sobre los contenidos, información, obras, textos, gráficos, diseños, logos, marcas, símbolos, signos distintivos, datos y servicios que ostente.

En ningún caso se entenderá que se concede licencia alguna o se efectúa renuncia, transmisión, cesión total o parcial de dichos derechos, ni se confiere ningún derecho de explotación sobre dichos elementos, sin la previa autorización expresa y por escrito de la Fundación Iuris Tantum o de los titulares de los derechos correspondientes.

## **7. Cláusula de legislación aplicable, jurisdicción competente y notificaciones.**

Las presentes condiciones se rigen y se interpretan de acuerdo con la legislación boliviana.

Todas las controversias o diferencias con relación a la interpretación, aplicación, cumplimiento y ejecución del presente contrato, renunciando expresamente a cualquier otro fuero que pudiera corresponderles, se resolverán en el Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial (CCAC) de la Cámara de Industria, Comercio, Servicios y Turismo de Santa Cruz (CAINCO), conforme a los siguientes medios: Como primer medio de solución se establece la Conciliación, la cual se registrará de acuerdo al Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de CAINCO, vigente al momento de la presentación de la conciliación. Si la controversia no ha sido resuelta a través de la conciliación o persistiera parte de ella, como segundo medio se aplicará el arbitraje institucional a efectuarse en el Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de CAINCO de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), al que se encomienda la administración del arbitraje conforme al Reglamento vigente a la fecha en que se presente la solicitud de arbitraje. El presente acuerdo implica la renuncia expresa a iniciar cualquier proceso judicial.

En materia penal se someten a los Juzgados y Tribunales de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia).

Todas las notificaciones, requerimientos, peticiones y otras comunicaciones que el usuario desee efectuar a la Fundación Iuris Tantum deberán realizarse por escrito y se entenderá que han sido correctamente realizadas cuando hayan sido recibidas en la siguiente dirección: [revistarbd@gmail.com](mailto:revistarbd@gmail.com)



## RESPONSABILIDAD CIVIL Y REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Recientemente, han recaído dos fallos que contienen pronunciamientos condenatorios en materia de responsabilidad civil médica relacionados con la práctica defectuosa de la reproducción asistida.

1. El art. 5.6 de la Ley Española 14/2006, de 26 de mayo, dispone que el estado psicofísico de los donantes ha de cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio, “que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento de su realización, que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia”.

El primero de los casos al que refiero tiene que ver con esta norma: un niño, fruto de una fecundación in vitro con óvulo de donante anónima y espermatozoides del marido de la usuaria, nació con la enfermedad de la hemofilia, razón por la cual los padres interpusieron una demanda de resarcimiento de daños y perjuicios contra la clínica en la que se había practicado la reproducción asistida, reprochándole negligencia en la selección del óvulo de la donante.

La SAP Valencia (Sección 7ª) de 30 de marzo de 2016, rec. nº 764/2015, negó que la clínica hubiera sido negligente en la selección del óvulo, porque no había antecedentes de hemofilia, ni en la donante, ni en su familia, razón por la cual no le era exigible realizar un test genético específico para descartar la existencia de una enfermedad infrecuente. Sin embargo, estimó la demanda, al considerar que la información suministrada a los demandantes (en la cual se reproducía literalmente el tenor del art. 5.6 de la Ley, respecto al contenido que debe tener el protocolo obligatorio para asegurarse del correcto estado psicofísico del donante) era deficiente, entendiéndolo que, al no ser “expertas en medicina ni en su terminología”, no se les había transmitido “la realidad sobre las pruebas y los análisis a los que se ha sometido” al óvulo seleccionado. Dice, así que, “la persona que lee dicho consentimiento informado deduce que se han realizado todas las pruebas necesarias para descubrir y excluir las enfermedades genéticas, hereditarias

o infecciosas transmisibles a la descendencia que se pueden detectar según el estado de la ciencia y, concretamente, en el presente caso, la hemofilia, que igual que otras, ya es perfectamente detectable". Concretamente, condenó a la demandada a pagar en concepto de daños morales a cada progenitor 100.000 euros y 200.000 euros al niño nacido hemofílico.

La solución podría parecer extraña desde el momento en que se concede indemnización por daño moral (el patrimonial por el tratamiento de la hemofilia está cubierto por el sistema público de salud), no sólo a los padres, sino también al niño, lo que contrasta con la posición que, a mi entender, debe mantenerse respecto de los supuestos en los que los niños nacidos naturalmente padecen enfermedades (por ejemplo, la hemofilia) no detectadas durante el período de embarazo de la madre (y, por lo tanto, no comunicadas a ella en orden a decidir la posible interrupción del mismo), pero que no tienen su origen en una negligencia médica, sino en el patrimonio genético de la madre portadora: en estos supuestos, el niño no puede nacer de otro modo, siendo su nacimiento la única posibilidad de evitar el padecimiento de la enfermedad, por lo que no puede pretender ningún resarcimiento, si la madre decide no abortar. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, el nacimiento del hijo enfermo sí es causado por una mala praxis médica, consistente en no haber informado adecuadamente a los cónyuges del riesgo que asumen al acudir a la reproducción asistida de que nazca un niño con una enfermedad no detectada en los análisis practicados a la donante, induciéndoles a pensar que el hijo artificialmente creado será sano, asumiendo implícitamente frente a ellos una especie de obligación de resultado. No debe, además, olvidarse que, según consolidada jurisprudencia, en el ámbito de la medicina satisfactiva, debe extremarse el cumplimiento de los deberes de información al paciente, con mayor rigor que en la medicina curativa.

2. El otro caso es el resuelto por la SAP Las Palmas (Sección 5ª) de 16 de mayo 2016, rec. nº 461/2013. Una pareja de hecho había acudido a la reproducción asistida homóloga, naciendo dos gemelos, que, sin embargo, no resultaron ser hijos biológicos del conviviente, sino de un tercero anónimo. La sentencia condenó a la clínica a indemnizar el daño patrimonial (pérdida de pensión de alimentos) y moral sufrido por los hijos, como consecuencia de la imposibilidad de identificar a su padre y de conocer sus orígenes biológicos (120.000 euros para cada uno de ellos por ambos tipos de daños), así como el daño moral padecido por la madre, consistente en la afectación personal e impacto en su vida por tener que asumir en solitario la crianza de los hijos, sentimiento de angustia por no saber la identidad del padre de los mismos (75.000 euros).

La sentencia tiene gran importancia, porque reconoce el resarcimiento del daño moral por violación del derecho a la identidad de los hijos. Habla, así, de un "daño sufrido por los menores en cuanto lesión a sus derechos inmateriales como personas,



a su dignidad (artículo 10 CE), que les acompañará durante toda su existencia, es superior al que hubiera supuesto la pérdida de un padre, puesto que como indica la parte actora se les priva de conocer una parte importante de su identidad, de conocer su procedencia biológica, sus antepasados por la línea paterna, su propia historia, y su origen será siempre un interrogante en sus vidas. Ciertamente la Constitución Española en el artículo 39 recoge como principio rector de la política social y económica la protección integral de los hijos, y exige a la ley posibilitar la investigación de la paternidad. La identidad personal es producto de la confluencia de diversos elementos, entre los que forma parte esencial el origen y la integración del individuo en un entorno, desde la herencia genética y familiar, la pertenencia a un grupo étnico, o a un Estado. Este sentimiento de identidad personal es un derecho inmaterial cuya lesión genera un daño moral indemnizable”.

Un supuesto que guarda relación con el juzgado por esta sentencia es el contemplado en el art. 223-2 de la Propuesta de Código Civil elaborado por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, que contempla en su nº 3, el “caso de error médico en la implantación del embrión, derivado del intercambio de los embriones de dos parejas que pretenden una fecundación homóloga”, previendo que, en este caso, “queda determinada la maternidad de la madre gestante”, solución ésta, que se corresponde con la legislación vigente (determinación legal de la maternidad por el parto), introduciendo, sin embargo, la siguiente novedad: si la madre gestante “pretendiese renunciar a los derechos derivados de la filiación puede quedar determinada la maternidad de la madre genética con su consentimiento”.

El caso de intercambio de embriones se ha planteado en la jurisprudencia de instancia italiana y ha sido decidido por la Ordenanza del Tribunal de Roma, 20 agosto 2014 (“Diritto di famiglia e delle persone”, 2015, pp. 184 y ss., con una interesante y sugerente nota de M. Bianca, que se refiere al mismo como un supuesto de maternidad subrogada “por error”, que evoca el conflicto que se produce entre la madre genética y la gestante). En el caso juzgado sólo nacieron los hijos procedentes de los embriones implantados en una de las parejas que habían acudido a la reproducción asistida (los otros embriones no llegaron a buen término). Discutida la filiación de los gemelos, el Tribunal consideró progenitores legales a la madre gestante y al marido de ésta (no a los padres biológicos), argumentando que la vida se forma y se desarrolla en el útero materno con la creación de un vínculo simbiótico entre la madre y el concebido. Resalta que en el caso litigioso los gemelos, con toda probabilidad, habían instaurado, desde sus primeros días de vida, una significativa relación afectiva con ambos progenitores, encontrándose ya insertos en “su” familia. Observa, por último, que los padres biológicos pueden encontrar tutela, exclusivamente, en vía resarcitoria (que no se plantea en el litigio)

José Ramón de Verda y Beamonte.



DOCTRINA



LA DIVERSA POLÍTICA LEGISLATIVA SEGUIDA POR LAS  
COMUNIDADES AUTÓNOMAS CON DERECHO CIVIL PROPIO AL  
AMPARO DEL ART. 149.1.8ª CE

THE DIFFERENT LEGISLATIVE POLICY ADOPTED BY THE  
AUTONOMOUS REGIONS WITH CIVIL LAW IN ACCORDANCE  
WITH ARTICLE 149.1.8TH CE

*Rev. Boliv. de Derecho* N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 20-61

Aurora LÓPEZ  
AZCONA

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 25 de septiembre de 2017

**ARTÍCULO APROBADO:** 15 de noviembre de 2017

**RESUMEN:** Una de las singularidades del Derecho civil español radica en la existencia de una pluralidad de Ordenamientos civiles, pudiendo distinguirse entre el Derecho civil estatal y los Derechos civiles territoriales o especiales. Esta realidad viene avalada no sólo por la historia, sino por la Constitución de 1978, cuyo art. 149.1.8<sup>º</sup> atribuye a aquellas Comunidades Autónomas en las que a la entrada en vigor de la Norma Fundamental existiera Derecho civil foral o especial la competencia exclusiva no sólo para conservarlo y modificarlo, sino también para desarrollarlo. Al amparo de esta competencia las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio han seguido su propia política legislativa sobre el particular, siendo posible identificar tres grandes modelos de ejercicio competencial: el de mantenimiento de la Compilación (Baleares y Navarra), el de Leyes de Derecho civil propio que sustituyen a la Compilación (País Vasco y Galicia) y el codificador (Aragón y Cataluña). Mención aparte merece la singular y, de momento, fallida política legislativa desarrollada por la Comunidad Autónoma de Valencia, y me permito tacharla de "singular", dado que en el momento en que fue promulgada la Constitución de 1978 y se dotó de competencia para conservar, modificar y desarrollar su Derecho civil propio a aquellas Comunidades autónomas "allí donde exista", no parece que estuviese en mente del legislador constituyente la Comunidad valenciana, lo que no ha impedido la aprobación por sus Cortes de una nutrida legislación en materia civil que ha venido seguida de su declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional.

**PALABRAS CLAVE:** Derechos civiles territoriales, Art. 149.1.8<sup>º</sup> CE., Modelos de ejercicio competencial, Tribunal Constitucional.

**ABSTRACT:** One of the peculiarities of Spanish civil law lies in the existence of a plurality of jurisdictions civilians, and can distinguish between civil law State and territorial or special civil rights. This reality is backed not only by history but by the 1978 Constitution, whose article 149.1. 8th attributed to those autonomous communities in which the entry into force of the Fundamental norm existed foral or special civil law exclusive jurisdiction not only to preserve it and to modify it, but also to develop it. Under cover of this competition the autonomous communities with their own civil right have followed their own legislative policy on the matter, being possible to identify three major models of competence exercise: that of maintenance of compilation (Balearic Islands and Navarra), on own civil law to replace the compilation (Basque country and Galicia) and the encoder (Aragon and Catalonia). The singular deserves special mention and, for the moment, failed legislative policy developed by the autonomous community of Valencia, and allow me to delete it "unique", because at the moment which was promulgated the Constitution of 1978 and acquired competence to retain, modify and develop its own autonomous communities to civil law "where exists", does not seem that it was in the mind of the legislator constituent Valencia that has not prevented the approval by its courts of large civil legislation which has been followed by the Declaration of unconstitutionality by the Constitutional Court.

**KEY WORDS:** Territorial civil rights, Article 149.1.8<sup>º</sup> CE., Models of competence exercise, Constitutional Court.

**SUMARIO.-** I. LA EXISTENCIA DE UNA PLURALIDAD DE ORDENAMIENTOS JURÍDICOS CIVILES COMO RASGO SINGULAR DEL DERECHO CIVIL ESPAÑOL.- II. LAS DIVERSAS POLÍTICAS LEGISLATIVAS DESARROLLADAS POR LAS RESTANTES COMUNIDADES AUTÓNOMAS CON DERECHO CIVIL PROPIO.- I. El modelo de mantenimiento de la Compilación: Baleares y Navarra.- A) La política legislativa de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares.- B) La política legislativa de la Comunidad Foral de Navarra. 2. El modelo de Leyes de Derecho civil propio que sustituyen a la Compilación: País Vasco y de Galicia.- A) La política legislativa de la Comunidad Autónoma del País Vasco.- B) La política legislativa de la Comunidad Autónoma de Galicia.- 3. El modelo codificador: Aragón y Cataluña.- A) La política legislativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.- B) La política legislativa de la Comunidad Autónoma de Cataluña.- 4. La fallida política legislativa de la Comunidad valenciana en materia de Derecho civil propio. III. BIBLIOGRAFÍA

---

## I. LA EXISTENCIA DE UNA PLURALIDAD DE ORDENAMIENTOS JURÍDICOS CIVILES COMO RASGO SINGULAR DEL DERECHO CIVIL ESPAÑOL

Como resulta de su propio título, el presente trabajo pretende ofrecer una crónica de la diversa política legislativa seguida a fecha de hoy por las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio al amparo del art. 149.1.8ª CE; ello partiendo de una visión de la diversidad civil española como algo enriquecedor siempre que las relaciones entre el Derecho civil estatal y los Derechos civiles territoriales se articulen, no en términos de desconfianza y confrontación, sino de coordinación y recíproca influencia<sup>1</sup>, en un momento como el presente sumamente complejo en que se está cuestionando la vigencia del actual modelo de Estado y, por ende, el reparto competencial existente en nuestro país.

En efecto, una de las singularidades del Derecho civil español radica en la existencia de una pluralidad de Ordenamientos civiles, pudiendo distinguirse entre el Derecho civil estatal y los Derechos civiles territoriales o especiales (los Derechos

---

1 Comparto así la opinión de VAQUER ALOY, A.: "El Derecho civil catalán: presente y futuro", *RJN*, núm. 46, 2008, p. 100.

### • Aurora López Azcona

Profesora Titular de Derecho civil. Universidad de Zaragoza.

Doctora en Derecho por la Universidad de Zaragoza con la máxima calificación con una tesis sobre la institución aragonesa del derecho de abolitorio. Premio Extraordinario de Doctorado 2005. Prof. Titular de Derecho civil en la Universidad de Zaragoza, donde actualmente desempeña el cargo de Secretaria del Instituto de Derecho Agrario. Miembro del Grupo Consolidado de Investigación y Desarrollo del Derecho Aragonés, dirigido por el Dr. Delgado Echeverría, y del Instituto de Investigación de Patrimonio de la Universidad de Zaragoza. Igualmente, ha sido miembro de una pluralidad de proyectos de investigación, once de ámbito nacional y dos de ámbito autonómico. Sus publicaciones se pueden resumir a fecha de hoy en dos monografías, dieciséis capítulos de libros y treinta artículos (todos publicados en revistas indexadas) que versan esencialmente sobre sus principales líneas investigadoras, Derecho de familia y Derecho civil aragonés. Una parte importante de su trabajo se materializó en actividades de transferencia de resultados, incluida la asistencia técnica a diversas entidades y Administraciones. También ha participado como ponente invitada en numerosos congresos y seminarios tanto internacionales como nacionales.

aragonés, balear, catalán, gallego, navarro, vasco y ... valenciano)<sup>2</sup>; realidad que, por lo demás, viene avalada no sólo por la historia, sino por la Constitución de 1978<sup>3</sup>. Esta pluralidad se explica históricamente por la coexistencia durante siglos de diversos territorios con plena autonomía política y jurídica. Así, la unidad política de España a principios de la Edad Moderna no estuvo acompañada de la unidad jurídica. Con posterioridad, la situación jurídica que a principios del siglo XVIII se genera en nuestro país como consecuencia del advenimiento no pacífico de la monarquía borbónica y de los Decretos de Nueva Planta, marcará el futuro de unos Derechos civiles -en particular, del Derecho aragonés, catalán y balear- que, pese a mantener su vigencia, verán sus fuentes de creación "petrificadas", con las dificultades que para cualquier Derecho supone subsistir sin posibilidad de adaptarse a las nuevas realidades que ha de regular. En la misma situación se encontrarán, ya bien entrado el siglo XIX, los Derechos navarro y vizcaíno, como consecuencia del triunfo de los liberales -partidarios de la unificación jurídica- en las guerras carlistas. Pese a ello, ni siquiera cuando se aprueba el Código civil español en 1889, que pretendía unificar y sistematizar todo el Derecho civil, se derogan los Derechos civiles especiales. Por el contrario, el Código civil, que recoge sustancialmente el Derecho civil castellano -sin olvidar la influencia del *Code civil* francés-, respeta la vigencia de los Derechos forales en aquellos territorios en los que estuvieran vigentes, aunque de modo provisional ("por ahora") y con el anuncio de reducirlos a meros Apéndices que recogerían "las instituciones forales que conviene conservar en cada una de las provincias o territorios en donde hoy existen" (art. 11.2 Cc, en relación con la base 6 de la Ley de bases de 1888). Con todo, de los diferentes anteproyectos de Apéndice elaborados sólo llegó a ser aprobado como ley el aragonés en 1925<sup>4</sup>, mientras las demás regiones se resistieron a una técnica legislativa que suponía la desvertebración de su sistema jurídico; y, por otra, parte, el Gobierno tampoco puso un empeño excesivo en su aprobación.

- 2 Personalmente me inclino por la denominación "Derechos civiles territoriales", en cuanto Derechos aplicables a un determinado territorio, en contraposición al Derecho civil estatal. Por el contrario, no acaba de convencerme la expresión "Derechos civiles especiales", por entender que en la misma subyace una visión de estos Derechos como una realidad reconocida con carácter subordinado al Derecho civil estatal (Derecho "común" todavía para algunos: p.e. DE LA CUESTA SAENZ, J.M.: *El Derecho civil español y su diversidad legislativa, Lección inaugural del Curso académico 2006-2007 de la Universidad de Valladolid*, pp. 6 y 23, que desde la CE de 1978 ya no puede sostenerse, habida cuenta que las relaciones entre los Derechos civiles territoriales y el estatal se rigen por el principio de competencia, que no por el de jerarquía. Discrepan igualmente de esta segunda denominación PUIG FERRIOL, L. y SANDE GARCÍA, P.: "La reforma del Derecho civil aragonés: la experiencia catalana y gallega", en AA.VV.: *Actas de los VI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1997, p. 67. Por su parte, la expresión "Derechos forales" me parece excesivamente restrictiva, en cuanto parece vincular exclusivamente la pervivencia de estos Derechos a su pasado histórico, ello sin olvidar que algunos de ellos, como el Derecho catalán, no contaron con los fueros entre sus fuentes.
- 3 Como advierte, asimismo, ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: "Prólogo", en AA.VV.: *¿Hacia dónde van los Derechos Civiles Autonómicos? El futuro de los Derechos Civiles Autonómicos* (coord. L. Gázquez Serrano), Difusión Jurídica, Madrid, 2011, p. 14.
- 4 Con todo, no puede obviarse la negativa acogida de que fue objeto el Apéndice de 1925 en los círculos jurídicos aragoneses desde su aprobación, provocada en gran medida por la mutilación a que fue sometido el Derecho civil aragonés en el Proyecto de 1924 del que trae causa, elaborado éste por la Comisión General de Codificación, en una mera operación de "corta y pega" del Proyecto Gil Berges de 1904, muy superior éste en sistemática y contenido, según constata DELGADO ECHEVERRÍA, J.: *Los Proyectos de Apéndice del Derecho civil de Aragón (1880-1925): Estudio Preliminar*, IFC, Zaragoza, 2005, pp. 7 y 55.

Ya en la segunda mitad del siglo XX, a raíz de las conclusiones adoptadas en el Congreso Nacional del Derecho civil celebrado en Zaragoza en 1946 a iniciativa del Consejo de Estudios de Derecho Aragonés, comienza la etapa compiladora de los Derechos civiles territoriales con el objetivo último de elaborar un "Código civil general" que recogiese instituciones civiles tanto comunes como forales. En concreto, entre los años 1959 a 1973 se aprobaron mediante leyes estatales las Compilaciones de Derecho civil de Vizcaya y Álava de 1959, de Cataluña de 1960, de Baleares de 1961, de Galicia de 1963, de Aragón de 1967 y de Navarra 1973. Así, durante mucho tiempo los Derechos civiles forales o especiales fueron, en realidad, Derechos del único legislador nacional aplicables en un específico ámbito territorial, a la par que se contemplaron como algo transitorio entre tanto no se alcanzase la unidad legislativa civil para toda España. Con todo, existe una notable diferencia entre el sistema apendicular y las Compilaciones, debida a su distinta situación respecto del Código civil: los Apéndices debían completar el Código como piezas meramente accesorias e inconexas, mientras que las Compilaciones, aún sin formar sistemas completos y autosuficientes, coexisten con el Código en plano de igualdad<sup>5</sup>.

La Constitución de 1978 abre una nueva etapa para los Derechos forales, especiales o territoriales, en cuanto, de una parte, pierden por fin el carácter provisional con que se venían contemplando desde la codificación, al abandonarse la política orientada hacia la unificación legislativa civil<sup>6</sup>; y de otra, recuperan la capacidad de renovación mediante órganos legislativos propios. Así, el art. 148.1.8ª CE de 1978, tras reconocer la competencia exclusiva del Estado en materia de Derecho civil, atribuye a aquellas Comunidades Autónomas en las que a la entrada en vigor de la Norma Fundamental existiera Derecho civil foral o especial la competencia exclusiva para conservarlo, modificarlo y desarrollarlo. Este precepto tiene su precedente más inmediato en la Constitución de 1931, si bien dicho texto constitucional hacía extensiva la competencia civil a todas las regiones autónomas, no sólo a las forales (art. 16 en relación con los arts. 14.1ª y 15.1ª)<sup>7</sup>.

5 Como señala certeramente DELGADO ECHEVERRÍA, J.: "Los Derechos civiles forales en la Constitución", *RJC*, 1979, p. 644-645.

6 Como corroboran, entre otros, DELGADO ECHEVERRÍA, J.: "Los Derechos", cit., pp. 666-667; y MELÁN GIL, J.L. y RODRÍGUEZ-ARANA, F.: "Derechos forales y competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas", *ADC*, 1989-1, pp. 20-21. De "normalización legislativa" habla MALUQUER DE MOTES BERNET, C.: "Del artículo 149.1.8ª de la Constitución al ordenamiento jurídico catalán: su reciente desarrollo en sistemas", *DPyC*, núm. 1, 1993, p. 130.

7 En particular, el art. 14.1ª CE de 1931 atribuía la competencia exclusiva al Estado, tanto legislativa como de ejecución directa, en materia de "adquisición y pérdida de la nacionalidad y regulación de los derechos y deberes constitucionales". Por su parte, el art. 15.1ª CE de 1931 establecía la competencia compartida entre el Estado (legislación) y las regiones autónomas (ejecución "en la medida de su capacidad política, a juicio de las Cortes"), en cuanto a la legislación civil, sobre "la forma del matrimonio, la ordenación de los registros e hipotecas, las bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los Estatutos, personal, real y formal, para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las diversas legislaciones civiles de España". Finalmente, el art. 16 contemplaba la posible atribución a las regiones autónomas de la competencia legislativa y de ejecución directa en las materias no comprendidas en los dos artículos anteriores, "conforme a lo que dispongan los respectivos Estatutos aprobados por las Cortes".



En tal situación se encontraban las Comunidades Autónomas de Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra y País Vasco; Comunidades Autónomas que en aquel momento se regían fundamentalmente por su respectiva Compilación en lo que hace a su Derecho civil propio y que, como era de esperar, asumieron *a posteriori* en sus correspondientes Estatutos de Autonomía la competencia exclusiva sobre aquél, siendo numerosas las leyes civiles autonómicas aprobadas en ejercicio de esta competencia, particularmente por Aragón y sobre todo por Cataluña.

Pero incluso, y puesto que el art. 149.1.8ª CE no enumera las Comunidades con Derecho civil propio, sino que se limita a decir “allí donde existan”, se ha llegado a plantear si Comunidades Autónomas en las que históricamente hubo un Derecho civil propio, pero que no estaba vigente al entrar en vigor la Constitución de 1978 podían asumir tal competencia. Tal era el caso de la Comunidad Autónoma de Valencia, toda vez que su Derecho civil fue derogado en 1707 por los Decretos de Nueva Planta, a diferencia de lo sucedido en los demás territorios integrantes de la Corona de Aragón. Desde entonces, Valencia se rigió por el Derecho castellano y, tras la promulgación del Código civil, por este cuerpo legal, si bien es cierto que conservaba algunas especialidades de Derecho consuetudinario, especialmente en materia de riegos y contratos agrarios. Por ello parece prudente entender, y de hecho así lo hizo el Tribunal Constitucional en su Sentencia 121/1992 de 28 de septiembre -que declaró la constitucionalidad de la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, de arrendamientos históricos valencianos-, que la expresión “Derecho civil valenciano” debe reducirse al Derecho consuetudinario que, tras la abolición de los Fueros de Valencia por los Decretos de Nueva Planta de 1707, ha subsistido en dicha Comunidad Autónoma<sup>8</sup>. Ello no ha impedido, sin embargo, el desarrollo por parte de la Comunidad valenciana en las dos últimas décadas de una política legislativa en materia de Derecho civil muy ambiciosa pero hartamente discutible desde una perspectiva constitucional, habiendo sido aprobadas por las Cortes valencianas varias leyes sobre materias civiles que no guardan conexión alguna con su acervo consuetudinario existente en el momento de la entrada en vigor de la Constitución de 1978: la Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho, posteriormente sustituida por la Ley 5/2012, de 15 octubre, de la Generalitat, de uniones de hecho formalizadas de la Comunidad Valenciana; la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano; y la Ley 5/2011, de 1 abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Con todo a fecha de hoy esta política legislativa puede calificarse de fallida desde

8 Participa, asimismo, de esta misma opinión MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “Notas para la interpretación del inciso...Allí donde existan del artículo 149-1-8 de la Constitución”, en AA.VV.: *Primer Congreso de Derecho vasco: La actualización del Derecho civil*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1983, p. 238. Cuestionan, sin embargo, esta interpretación BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: “La conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales”, *DPyC*, núm. 1, 1993, pp. 40-42; y DE LA CUESTA SÁENZ, J.M.: *El Derecho civil*, cit., p. 11, negando para ello la condición de Derecho foral o especial a la costumbre, argumento del que personalmente discrepo, habida cuenta de la naturaleza de fuente del Derecho que se predica de la misma y, por añadidura, del origen consuetudinario de no pocas instituciones forales.

el momento en que en 2016 el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales dichas leyes; en concreto, la Ley 10/2007 por su Sentencia 82/2016 de 28 de abril, la Ley 5/2012 en virtud de su Sentencia 110/2016, de 9 de junio y la Ley 5/2011 por su Sentencia 192/2016, de 16 de noviembre.

Ahora bien, la competencia de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio no abarca todo el Derecho civil, desde el momento en que el art. 149.1.8ª *in fine* CE de 1978 reserva con carácter exclusivo ciertas materias civiles a la competencia estatal, no sin gran ambigüedad<sup>9</sup>; en concreto, las normas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico civiles relativas a las formas del matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho; ello sin perjuicio de la competencia de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio para fijar su propio sistema de fuentes atinente al mismo<sup>10</sup>. A estas competencias hay que añadir las demás enumeradas en el mismo art. 149.1 que puedan afectar al Derecho civil, tales como la nacionalidad (regla 2ª) o la propiedad intelectual (regla 9ª). De ello resulta, por consiguiente, que la relación entre el Derecho civil estatal y los Derechos civiles territoriales se rige por el principio de competencia, que no por el de jerarquía normativa<sup>11</sup>. Por añadidura, conviene reparar en que la propia CE en su art. 149.3 reserva al Derecho civil estatal el papel de supletorio respecto de los Derechos civiles propios de las Comunidades Autónomas, en el sentido de que está llamado a llenar las lagunas provocadas por la inacción voluntaria de los Derechos civiles territoriales en su ámbito de competencia<sup>12</sup>.

En cualquier caso, como matiza el mismo art. 149.1.8ª CE, la competencia atribuida a las Comunidades con Derecho civil propio se refiere específicamente a “la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil foral o especial”. Esta expresión, muy confusa, ha sido objeto de diversas interpretaciones por parte de la doctrina.

Así, es posible identificar una tesis restrictiva que contempla los Derechos forales como un conjunto de reglas excepcionales frente al Derecho civil común constituido

9 La redacción de este precepto trae causa del art. 15.1 CE de 1931, cuyo tenor se transcribe *supra* en la nota 7.

10 Sobre este particular advierte atinadamente DE VERDA BEAMONTE: “Que es” (en prensa), p. 117, con cita de abundante jurisprudencia constitucional (por todas, STC 88/1993, de 12 de marzo) que “no es que las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio puedan elaborar todo tipo de leyes civiles, con el único límite de las materias “en todo caso” reservadas al Estado, sino que la legislación de las Comunidades, en su labor de actualización de sus normas forales, legales o consuetudinarias, nunca podrá recaer sobre dichas materias”.

11 Como igualmente advierte SERRANO GARCÍA, J.A.: “Derecho civil de Aragón: Presente y Futuro”, RDCA, XV, 2009, pp. 30-31.

12 En palabras de P. DE PABLO CONTRERAS, en AA.VV., *Curso de Derecho civil*, t. I, vol. I, coord. por el mismo autor, reimpresión de la 5ª ed., Edisofer, Madrid, 2016, pp. pp. 112-113. Se expresa en términos similares BAYOD LÓPEZ, C.: “El art. 149.3 CE: la supletoriedad del Código civil como Derecho estatal de los Derechos civiles autonómicos (en particular el Derecho civil aragonés)”, RDCA, V-2, 1999, 77.

por el Código civil y las leyes civiles extracodiciales. Partiendo de esta concepción, los autores que defienden esta tesis consideran que la Constitución sólo permite a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio asumir la potestad legislativa para adaptar a los cambios sociales los preceptos e instituciones contenidas en sus respectivas Compilaciones. Por consiguiente, no pueden legislar sobre materias no recogidas por los textos compilados<sup>13</sup>. En definitiva, según este planteamiento, la competencia autonómica en materia civil se encuentra constreñida por un doble límite, a saber: el contenido de las Compilaciones al entrar en vigor la Constitución y las materias que ésta reserva “en todo caso” al Estado (art. 149.1.8ª, inciso 2º)<sup>14</sup>.

Una segunda tesis que puede calificarse de amplia o autonomista defiende que el Derecho civil foral o especial incluye todo el Derecho civil vigente en una Comunidad Autónoma, con independencia de su origen, por lo que la Comunidad Autónoma podrá regular cualquier materia de Derecho civil, incluso aquéllas que nunca han sido objeto de legislación foral, con la única salvedad de las reservadas en exclusiva al Estado por el art. 149.1.8ª CE<sup>15</sup>.

Por último, es posible identificar una tercera tesis, la intermedia, que parte, como la anterior, de la base de que los Derechos forales no deben circunscribirse a los textos compilados. Así los autores que propugnan esta tesis consideran que las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su Derecho civil propio no tienen otros límites -aparte de los expresados en la última frase del art. 149.1.8ª y demás competencias exclusivas del Estado- que los derivados del propio objeto a desarrollar, de sus instituciones y de sus principios informadores en cuanto sistemas jurídicos autónomos de raíz histórica, y de la naturaleza de todo desarrollo, que excluye la ruptura brusca o solución de continuidad<sup>16</sup>. De este modo, los principios

13 A este respecto señala ELIZALDE Y DE AYMERICH, P.: “Prelación de normas civiles en el sistema de fuentes de las Comunidades Autónomas”, en AA.VV.: *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, t. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, p. 756, que “el desarrollo al que la Constitución se refiere no puede suponer su extensión a las instituciones ajenas, que por ello ya han quedado sometidas al Derecho general, sino exclusivamente al complemento de la regulación de instituciones propias forales”. En términos similares se expresa DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: “Las competencias del Estado y de las Comunidades autónomas en materia de Derecho civil”, en AA.VV.: *Competencia en materia civil de las Comunidades autónomas* (coord. B. Moreno Quesada), Tecnos, Madrid, 1989, p. 20: “el desarrollo tiene su límite en el conjunto institucional al que el Derecho foral se refiere, de manera que en puridad, no hay desarrollo del Derecho foral si se regulan materias que nunca estuvieron regidas por el Derecho foral o que no lo estaban en el momento de ponerse en vigor la Constitución”. Adopta, asimismo, la tesis restrictiva LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española*, Civitas, Madrid, 1980.

14 De acuerdo con ARCE JANARIZ, A.: *Constitución y Derechos civiles forales*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 105.

15 Asumen la postura amplia o autonomista, entre otros, ROCA TRIAS, E.: “El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978. Estudio comparativo del tratamiento de los Derechos civiles españoles en las distintas Constituciones y en la vigente”, *RJC*, 1979, pp. 7 y ss.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P.: “Competencia de los Parlamentos autónomos en la elaboración del Derecho civil: estudio del artículo 149.1.8ª de la Constitución”, *ADC*, 1986-4, p. 1138; VAQUER ALOY, A.: “Los conceptos de conservación, modificación y desarrollo del art. 149.1.8 de la Constitución: su interpretación por el legislador catalán”, *DPyC*, núm. 2, 1994, pp. 246-247 y 250; y FERRER VANRELL, M.P.: “Competencia exclusiva en legislación civil versus asunción de la competencia en Derecho civil balear”, *Indret*, núm. 3, 2008, p. 26.

16 Siguen la tesis intermedia DELGADO ECHEVERRÍA, J.: “Los Derechos”, cit., pp. 657 ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil”, en AA.VV.: *Primer Congreso de Derecho vasco: la actualización del Derecho civil*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1983, pp. 73

de cada sistema foral determinarán la frontera material de la competencia legislativa autonómica. En consecuencia, y como resultado de esta actividad legislativa, el Derecho foral actual puede convertirse en el futuro en un Derecho distinto, siempre que se respete la continuidad.

De este último planteamiento -a mi entender el más razonable y coherente con el tenor del art. 149.1.8ª CE<sup>17</sup>- participa el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia mayoritaria. Así, el Alto Tribunal en no pocas sentencias (entre otras, STC 88/1993 de 15 marzo, STC 156/1993 de 6 de mayo, STC 82/2016 de 28 de abril, STC 110/2016 de 9 de junio y STC 95/2017 de 6 de julio) interpreta la noción constitucional “desarrollo de los Derechos civiles forales o especiales” en el sentido de permitir la regulación de ámbitos hasta entonces no normados -ya que de lo contrario, tal noción se identificaría con la de “modificación”-, siempre que se traten de instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilaciones dentro de una actualización de sus contenidos según los principios informadores del Derecho foral. En cualquier caso, como afirma DELGADO ECHEVERRÍA, no es necesaria la conexión con concretas instituciones ya reguladas, sino que “basta con que exista Derecho foral y alguna conexión entre la nueva norma y el conjunto de las instituciones preexistentes”<sup>18</sup>.

## II. LAS DIVERSAS POLÍTICAS LEGISLATIVAS DESARROLLADAS POR LAS RESTANTES COMUNIDADES AUTÓNOMAS CON DERECHO CIVIL PROPIO

Una vez asumida su correspondiente competencia legislativa en sus respectivos Estatutos de Autonomía, las diversas Comunidades Autónomas con Derecho civil propio han seguido su propia política legislativa sobre el particular; adoptado diferentes criterios acerca de su competencia a la hora de legislar sobre esta materia, tanto respecto al continente como al contenido<sup>19</sup>. Así, nos encontramos desde Comunidades como Navarra y Baleares que de momento sólo han hecho uso de su competencia en materia de “conservación y modificación” a otras como

---

ss., y “La conservación”, cit., pp. 56-61; AROZAMENA SIERRA, J.: “Competencia de las Comunidades Autónomas en materia civil: el art. 149.1.8 de la Constitución”, AC, 1988, pp. 2187 ss.; y LORENZO MERINO, F.: “El Derecho civil de Galicia y la CE de 1978”, DPyC, núm. 2, 1994, p. 86.

17 Como defendí en otro lugar: LÓPEZ AZCONA, A.: “La política legislativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de Derecho civil propio: de la Compilación de 1967 al Código de Derecho Foral de Aragón de 2011 e iniciativas legislativas ulteriores”, *Iura Vasconiae*, núm. 13, 2016, p. 353. Valoran también positivamente el criterio adoptado por la jurisprudencia constitucional mayoritaria SERRANO GARCÍA, J.A.: “Derecho civil de Aragón: Presente y Futuro”, RDCA, t. XV, 2009, p. 71; BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: “Alto al Derecho civil valenciano”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7, 2016, pp. 23-26, en coherencia con su posición favorable a la tesis intermedia; y DE VERDA BEAMONTE, J.R.: “Que es lo que queda del Derecho civil valenciano en materia de familia”, DPyC, núm. 31, 2016 (en prensa), pp. 126-128. Se muestra, sin embargo, muy crítica con esta doctrina GARCÍA RUBIO, M.P.: “Presente y futuro del Derecho civil español en clave de competencias normativas”, *Revista de Derecho civil*, vol. IV, núm. 3, 2017, pp. 27-28, por considerarla poco acorde con la seguridad jurídica, entre otros argumentos.

18 DELGADO ECHEVERRÍA, J.: “Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la competencia legislativa autonómica en materia de Derecho civil”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 4, 1994, pp. 385-387, cuya opinión suscribo.

19 De acuerdo con ALBIEZ DOHRMANN, K: “Prólogo”, cit., pp. 13-14.

Aragón y Cataluña que han ido más allá, desarrollando su Derecho propio con mayor o menor alcance. De este modo, es posible identificar tres grandes modelos de ejercicio competencial del Derecho civil propio: el modelo de mantenimiento de la Compilación, el modelo de Leyes de Derecho civil propio que sustituyen a la Compilación y el modelo codificador<sup>20</sup>. Al examen por separado de cada uno de ellos se dedican los siguientes epígrafes.

## I. El modelo de mantenimiento de la Compilación: Baleares y Navarra

Conforme lo señalado en el epígrafe anterior, el primer modelo identificable en materia de política legislativa sobre Derechos civiles territoriales es el del mantenimiento de la vieja Compilación del Derecho Civil como texto nuclear del Ordenamiento civil territorial correspondiente; eso sí, debidamente adaptada a la Constitución, a la par que -más o menos- debidamente adecuada a la realidad social actual<sup>21</sup>. En este grupo podemos incluir a las Comunidades Autónomas de Baleares y Navarra.

### I.1. La política legislativa de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares

En lo que atañe a las islas Baleares, una vez asumida la competencia en materia de Derecho civil propio por su Estatuto de Autonomía de 1983 (art. 10.22)<sup>22</sup>, en un primer momento se optó por la aprobación de una Ley modificadora e integradora de la Compilación de 1961 en el Ordenamiento jurídico balear: La Ley 8/1990, de 28 de junio de Compilación del Derecho civil de Baleares. Según puede leerse en su Exposición de Motivos, con esta Ley se pretendía una revisión global del texto compilado de 1961 fundamentalmente a fin de adaptarlo a las previsiones constitucionales, pero también para corregir ciertas deficiencias u omisiones detectadas a la vista de la experiencia acumulada durante los más de veinte años de su vigencia. Junto a ello, y según se preveía en su art. 1, "se adopta e integra en el Ordenamiento jurídico balear el texto normativo de la Ley 5/1961". De este modo, tras la entrada en vigor de la Ley 8/1990, el Derecho Civil de Baleares se encontraba contenido dos normas distintas: la precitada Ley 8/1990 y la Compilación de 1961

20 De acuerdo con COCA PAYERAS, M. y VILA RIBAS, C.: "El Derecho civil balear en el Estatuto de Autonomía y sus perspectivas de futuro", en AA.VV.: *Dret viscut. 50 anys de la Compilació del Dret civil de les illes Balears* (coords. M.P. Ferrer, M. Massot y LL. Segura), Lleonard Muntaner ed., Palma de Mallorca, 2011, pp. 209-217.

21 Según hacen constar COCA PAYERAS, M. y VILA RIBAS, C.: "El Derecho civil", cit., p. 209.

22 El art. 10.22 EAB de 1983 decía así: "Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en las siguientes materias: Conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles especiales de la Comunidad Autónoma". Hoy se corresponde con el art. 30.27 EAB 2007, que incorpora adicionalmente una referencia expresa a las materias civiles reservadas al Estado y cuyo tenor es el siguiente: "La Comunidad Autónoma tiene la competencia exclusiva en las siguientes materias, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1 de la Constitución: Conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio de las Illes Balears, incluida la determinación de su sistema de fuentes, excepto las reglas relativas a la aplicación y la eficacia de las normas jurídicas, las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, la ordenación de los registros y de los instrumentos públicos, las bases de las obligaciones contractuales, las normas para resolver los conflictos de leyes y la determinación de las fuentes del derecho de competencia estatal".

que seguía en vigor. Por ello, el art. 25 de la propia Ley 8/1990 autorizó al Gobierno balear a aprobar mediante Decreto Legislativo un texto refundido que recogiera, por una parte, los preceptos todavía vigentes de la Compilación de 1961 y, por otra, las innovaciones introducidas en la misma por el Parlamento de las Islas Baleares mediante la Ley 8/1990<sup>23</sup>.

El siguiente paso consistió en la aprobación del Texto Refundido de la Compilación de las Islas Baleares por Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre<sup>24</sup>; texto que hoy sigue en vigor; con dos pequeñas modificaciones: de una parte, la supresión por la Ley 7/1993 en su art. 2 -relativo al ámbito de aplicación del Derecho civil balear- del inciso referente al criterio de residencia, al haber sido declarado inconstitucional por la STC 156/1993, de 6 de mayo<sup>25</sup>; y, de otra, la incorporación de un art. 7 bis por la Ley 3/2009, sobre causas de indignidad sucesoria en relación a la violencia doméstica.

Por añadidura, tampoco ha tenido lugar un destacable desarrollo legislativo en materia civil al margen del texto compilado, siendo únicamente reseñables las siguientes normas<sup>26</sup>: la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables; la Ley 1/2006, de 3 de marzo, de voluntades anticipadas; la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears; y la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar<sup>27</sup>.

No obstante lo anterior, la creación de la Comisión Asesora de Derecho Civil de las Islas Baleares por el Decreto 229/1999 y su ulterior reforzamiento por los Decretos 168/2003 y 9/2009 permite augurar que en un futuro Baleares procederá a renovar en profundidad su Derecho civil propio, aunque lo cierto es que a fecha de hoy sus trabajos no hayan fructificado todavía en ningún texto legal. De momento, la Comisión Asesora ya ha sentado las bases de la política legislativa a seguir; adoptando un planteamiento que recuerda al de la Comisión Aragonesa de Derecho civil cuando emprendió la tarea de renovar el Derecho civil aragonés. Así, el modelo que aprobó por unanimidad la Comisión Asesora de Derecho Civil de las Islas Baleares en sus sesiones de 30 de marzo y de 28 de abril de 2009 fue el de la elaboración de leyes sectoriales especiales en torno al Derecho civil propio que de forma parcial deben ir derogando la Compilación, con el fin último de, una vez

23 Valora negativamente esta reforma TORRES LANA, J.A.: "¿Hacia dónde va el Derecho civil de las Islas Baleares", en AA.VV.: ¿Hacia dónde, cit., pp. 101-103.

24 Un examen de dicho texto legislativo puede verse en COCA PAYERAS, M.: "El despliegue del art. 149.1.8º de la Constitución en el ámbito jurídico balear", *DPyC*, núm. 2, 1994, pp. 38-43.

25 STC reseñada por COCA PAYERAS, M.: "El despliegue", cit., pp. 45-51.

26 Ello ha llevado a FERRER VANRELL, M.P.: "Competencia exclusiva", cit., p. 18, a tachar, no sin razón, de "prácticamente nula" la política legislativa balear en materia de Derecho civil propio.

27 No ha prosperado, sin embargo, la Proposición de Ley sobre custodia compartida para la igualdad en las relaciones familiares ante el cese de la convivencia de los padres, habiendo sido rechazada por el Parlamento de las Islas Baleares en la actual legislatura.

promulgadas aquellas, bien decidir su refundición en un solo cuerpo legal (opción aragonesa) bien mantener el sistema sin un cuerpo legal de referencia. En cuanto al contenido, el modelo que se propugna es el de abandonar el Derecho histórico como límite competencial, buscando la regulación de las materias compiladas y las conexas<sup>28</sup>. A partir de ahí, salvo error u omisión, de los Anteproyectos elaborados por la Comisión sólo dos han llegado a convertirse en proyecto de ley, que no en ley: el Proyecto de ley aprobado por acuerdo del Consejo de Gobierno de 23 de marzo de 2007 por el que se dio nueva redacción al Título I del Libro I sobre los efectos patrimoniales del matrimonio (que no llegó a prosperar)<sup>29</sup>; y, en fechas más recientes, el Proyecto de Ley aprobado por acuerdo del Consejo de Gobierno de 17 junio 2016 y actualmente en fase de tramitación parlamentaria, que se limita a modificar ciertos preceptos en materia de sucesiones *mortis causa*, fundamentalmente al objeto de dar entrada a la Comunidad Autónoma en sustitución del Estado en los llamamientos a la sucesión intestada, revisar los derechos sucesorios del cónyuge viudo y dotar de la protección debida a las personas con discapacidad<sup>30</sup>.

## 1.2. La política legislativa de la Comunidad Foral de Navarra

De discreta puede calificarse, igualmente, hasta ahora la actuación del legislador navarro sobre su Derecho foral tras la asunción de su correspondiente competencia por su Estatuto de Autonomía de 1982 (art. 48)<sup>31</sup>, en cuanto a fecha de hoy se encuentra prácticamente circunscrita a la adecuación del Fuero Nuevo a la CE de 1978 verificada por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril<sup>32</sup>; adecuación que, por lo demás, puede calificarse de incompleta, toda vez que todavía perviven ciertos preceptos de dudosa constitucionalidad, especialmente en materia de familia y sucesiones<sup>33</sup>.

Ello sin olvidar la aprobación de algunas leyes civiles al margen del texto compilado, fundamentalmente, la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables -declarada parcialmente inconstitucional por la discutible STC 93/2013, de 23 de abril<sup>34</sup>; la Ley Foral 34/2002, de 10 de diciembre,

28 Según puede leerse en COCA PAYERAS, M. y VILA RIBAS, C.: "El Derecho civil", cit., p. 223.

29 Del que se da noticia en el Decreto 9/2009 de la Comisión Asesora de las Islas Baleares, citado en texto.

30 De acuerdo con información proporcionada en la web del Parlamento de las Islas Baleares, donde igualmente puede consultarse el texto del Proyecto de Ley: <http://web.parlamentib.es/webgtp/scripts/UnRegExp.asp?CFnumExp=92016GLEX-0008>, consultada el 12 julio 2017.

31 El art. 48 de la LO 13/1982 de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra decía así: "1. Navarra tiene competencia exclusiva en materia de Derecho Civil Foral. 2. La conservación, modificación y desarrollo de la vigente Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra se llevará a cabo, en su caso, mediante ley foral". Su tenor permanece inalterado.

32 Una reseña de la misma puede verse en RUBIO TORRANO, E.: "Constitución y Derecho navarro", *DPyC*, núm. 2, 1994, pp. 74-76.

33 Como advierten COCA PAYERAS, M. y VILA RIBAS, C.: "El Derecho civil", cit., p. 210; JIMENO ARANGUREN, R.: "Derecho civil navarro y codificación general española", *AHDE*, t. LXXXII, 2012, p. 309; y VILLANUEVA LATORRE, A.C.: "Cuestiones problemáticas en el Derecho de familia navarro", *Iura Vasconiae*, núm. 13, 2016, pp. 211 ss.

34 Me permito tachar de discutible, por cuanto en esta sentencia (FJ 7) el máximo intérprete de la Constitución, sin dejar de reconocer competencia navarra en materia de parejas de hecho, considera que el legislador no puede reconocer imperativamente ciertos efectos a las uniones no matrimoniales, so pena de vulnerar el principio al

de acogimiento familiar de personas mayores de Navarra; la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia; y la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres. E igualmente la aprobación de otras de menor entidad jurídico-civil tales como la Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica de Navarra y la Ley Foral 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Con todo, la creación del Consejo Asesor de Derecho Civil Foral de Navarra por el Decreto Foral 9/2006, de 6 de febrero con la función de “proponer actuaciones para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral, incluida la formulación de “propuestas al Gobierno de Navarra para la elaboración de proyectos normativos sobre Derecho Civil Foral”; pero, sobre todo, la organización el 11 y 12 enero de 2016 por el Parlamento de Navarra (conjuntamente con la Fundación para el Estudio del Derecho Histórico y Autonómico de Vasconia) del Simposio *Hacia la codificación del Derecho civil de navarra* donde se defendió la necesidad de abordar la elaboración de una nueva “Ley de Derecho civil foral de Navarra”, hace previsible el inicio de una nueva etapa en la política legislativa navarra ya propiamente de reformulación y desarrollo de su Derecho civil propio. De hecho, ya se han dado los primeros pasos institucionales al respecto. Así, el 8 de abril de 2016 en sede del Parlamento de Navarra se constituyó una Ponencia “para revisar, actualizar y adaptar el Fuero Nuevo a la realidad social navarra del siglo XXI” y el 12 de julio del mismo año fue renovada la composición del Consejo Asesor de Derecho Civil Foral de Navarra en virtud de Orden Foral 142/2016. Quedan ahora por definir los objetivos y el método a seguir en esta nueva fase de la política legislativa navarra en materia de Derecho propio, lo que, a mi entender, se revela fundamental para que la tarea llegue a buen puerto<sup>35</sup>.

## 2. El modelo de Leyes de Derecho civil propio que sustituyen a la Compilación: País Vasco y Galicia

---

libre desarrollo de la personalidad consagrado en su art. 10.1, lo que no deja de parecerme excesivo. Y es que, si como el propio Tribunal Constitucional afirma en la misma sentencia que el respeto a la autonomía privada tiene como uno de sus límites el “orden público constitucional”, podría entenderse que forma parte de ese orden público el dotar a las parejas de un mínimo contenido normativo en defecto de pacto, a fin de proteger a la parte más débil de la relación, en caso de haberla, especialmente en el momento de la ruptura. Cuestionan, asimismo, la doctrina de la STC 93/2013 MARTÍN CASALS, M.: “El derecho a la *convivencia anónima en pareja*: ¿Un nuevo derecho fundamental? Comentario general a la STC de 23.4.2013”, *Indret*, núm. 3, 2013, p. 1 ss; y GARCÍA RUBIO, M.P.: “Presente y futuro”, cit., p. 18.

35 En el momento presente, en el seno del Consejo Asesor se han constituido grupos de trabajo, a la par que se han planificado las tareas en orden a la renovación de los cuatro títulos integrantes del Libro Preliminar del Fuero Nuevo. Por su parte, la Ponencia parlamentaria se encuentra en fase de recabar aportaciones de los diferentes operadores jurídicos e investigadores. Debo esta información a E. SABATER BAYLE, Prof. Titular de Derecho civil de la UPNA y miembro del referido Consejo.



El segundo modelo formal perceptible en materia de desarrollo del Derecho civil propio consiste en acudir al dictado de leyes en materia de Derecho civil propio que de forma integral derogan la Compilación, que deja de ser así el cuerpo legal de referencia<sup>36</sup>. Tal ha sido la elección de técnica legislativa seguida por País Vasco y Galicia. Así, ambas Comunidades Autónomas han sustituido sus respectivas Compilaciones (Compilación del Derecho civil foral de Vizcaya y Álava de 1959 y Compilación del Derecho civil especial de Galicia de 1963) por sendas Leyes sobre Derecho civil propio: el País Vasco, por la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho civil foral del País Vasco, en fechas recientes sustituida por la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil Vasco; y Galicia, por la Ley 4/1995 de 24 de mayo de Derecho civil de Galicia, posteriormente sustituida por la Ley 2/2006 de 14 de junio del mismo título.

## 2.1. La política legislativa de la Comunidad Autónoma del País Vasco

Empezando por el País Vasco, su política legislativa en materia de Derecho civil propio se inicia, tras la asunción de la correspondiente competencia en su Estatuto de Autonomía de 1979 (art. 10.5)<sup>37</sup>, con la Ley 6/1988, de 18 de marzo, aprobada con el objeto de adecuar la Comp. de 1959 al Texto Fundamental e integrarla en su Ordenamiento Jurídico. No fue hasta 1992 cuando la Compilación fue sustituida por la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho civil foral del País Vasco, no sin importantes dificultades, dada su singular condición de Comunidad “hiper-fragmentada” en materia de Derecho civil<sup>38</sup>. Adviértase *a priori* que la Ley 3/1992 trasciende el ámbito de la Compilación (circunscrito a Vizcaya y Álava) para abarcar las instituciones de los tres territorios históricos, de ahí que se llame Ley “del País Vasco”<sup>39</sup>. Consta así de un Título preliminar que regula de modo novedoso la materia de las fuentes del Derecho vasco y de tres libros dedicados respectivamente al Derecho de cada uno de los territorios históricos (Vizcaya, Álava y Guipúzcoa). Junto a ello, como novedades señaladas en orden a su contenido destaca la inclusión de instituciones vigentes como el testamento mancomunado o el usufructo poderoso que la Compilación omitió, el desarrollo de los pactos sucesorios o las reformas trascendentales en

36 COCA PAYERAS, M. y VILA RIBAS, C.: *El Derecho civil*, cit., pp. 211-212.

37 El art. 10.5 EAPV de 1979, cuyo tenor permanece inalterado, dice así: “La Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia exclusiva en las siguientes materias: Conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral y especial, escrito o consuetudinario propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco y la fijación del ámbito territorial de su vigencia”.

Nótese que la competencia civil atribuida la C.A. incluye “la fijación del ámbito territorial de su vigencia”, que, aunque pueda estar justificada por la “hiper-fragmentación” de que adolece (cía) el Derecho civil vasco, ha sido objeto en ocasiones, a mi juicio, de un uso “extralimitado” por el legislador vasco, en cuanto ha incorporado alguna previsión de cuya constitucionalidad bien pueda dudarse por invadir la competencia reservada al estado en materia de conflictos de leyes: p.e. art. 2 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

38 Parafraseando a GIL RODRÍGUEZ, J.: “Del Derecho foral al Derecho civil vasco”, *Boletín JADO*, núm. 21, 2011, p. 94. Ahonda en este panorama en su trabajo “¡Por fin hacia un Derecho civil vasco!”, en AA.VV.: *¡Hacia dónde van*, cit., pp. 245-250.

39 Según advierten CELAYA IBARRA, A.: *Derecho civil vasco*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1993, p. 47; y GIL RODRÍGUEZ, J.: “Del Derecho”, cit., p. 96.

cuestiones como la legítima viudal, el uso de los poderes testatorios, las reservas o la troncalidad<sup>40</sup>. En cualquier caso, según puede leerse en su propia Exposición de Motivos, esta Ley se concibe como una "primera elaboración" del Derecho civil vasco que, por tanto, no agota la tarea necesaria de desarrollo, cuya culminación requiere el estudio y la profundización de las instituciones propias "hasta lograr un Derecho civil moderno y socialmente avanzado"<sup>41</sup>.

Desde entonces hasta 2015, la Ley 3/1992 ha estado vigente en todo su articulado con las modificaciones introducidas por la Ley 3/1999, de 26 de noviembre que da nueva redacción al Libro III dedicado al Fuero Civil de Guipúzcoa. Posteriormente, en 2013 el Parlamento Vasco acuerda la constitución en su seno de una Ponencia "para que en el plazo de seis meses comparezcan en ella los principales expertos en la materia, con el objetivo de que antes de que termine este mismo año se active el procedimiento reglamentario oportuno para aprobar la reforma del Derecho civil vasco"<sup>42</sup>. De entre las diferentes alternativas posibles, se optó, de nuevo, por la aprobación de una nueva Ley como núcleo básico del Derecho civil vasco, basada en la vecindad civil y superadora del "archipiélago jurídico" existente en esta Comunidad<sup>43</sup>.

En cumplimiento de esta hoja de ruta fue presentada en marzo de 2015 una Proposición de Ley de Derecho civil vasco en el Parlamento vasco para su tramitación<sup>44</sup>, siendo aprobada sin apenas enmiendas como Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco<sup>45</sup>. Según resulta de la lectura de Exposición de Motivos, como rasgos fundamentales de la nueva Ley interesa destacar, ante todo, la extensión de su ámbito territorial de aplicación a toda la Comunidad Autónoma<sup>46</sup>, sin perjuicio de mantener ciertas "especialidades zonales" (la troncalidad en Vizcaya, Aramayona y Llodio, la libertad de testar en el Valle de Ayala y las normas especiales sobre el caserío en Guipúzcoa); segundo, el deseo de aunar el Derecho histórico con la necesidades del mundo presente; tercero, la necesaria aplicación supletoria del Código civil, así como su interpretación conforme al Derecho privado europeo;

40 CELAYA IBARRA, A.: *Derecho civil*, cit., pp. 47-48.

41 Poco después de su publicación, la Ley 3/1992 fue recurrida parcialmente ante el Tribunal Constitucional por el Gobierno estatal. El recurso de inconstitucionalidad fue admitido a trámite y se dejó su aplicación en suspenso. Sin embargo, tras la emisión por el Consejo de Estado del Dictamen de 5 de agosto de 1993, estableciendo que no existían motivos jurídicos suficientes para mantener el recurso, el Presidente del Gobierno lo retiró, por lo que el Tribunal Constitucional acordó tenerlo por desistido por Auto de 1 de diciembre de 1993.

42 Según expone OSÉS ABANDO, J.: "Autogobierno y Derecho civil vasco: El rol del Parlamento vasco", en AA.VV.: *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI de la ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Parlamento Vasco, Vitoria, 2016, p. 123.

43 En palabras de OSÉS ABANDO, J.: "Autogobierno", cit., p. 124.

44 A consultar en [http://www.forulege.com/dokumentuak/Proposicion%20de%20Ley%20de\\_Derecho\\_Civil\\_Vasco.pdf](http://www.forulege.com/dokumentuak/Proposicion%20de%20Ley%20de_Derecho_Civil_Vasco.pdf).

45 De acuerdo con OSÉS ABANDO, J.: "Autogobierno", cit., p. 126.

46 La "deseable unificación" del Derecho civil vasco a la que se refirió en su momento GIL RODRÍGUEZ, J.: "¡Por fin", cit., pp. 259-263.

y cuarto, su carácter abierto, en el sentido de que no agota todo el posible campo de desarrollo del Derecho civil vasco<sup>47</sup>.

Junto a esta ley “nuclear” civil, interesa reparar en la aprobación de una serie de leyes especiales, unas de mayor entidad jurídico-civil que otras, como ha sucedido en las restantes Comunidades Autónomas, forales y aún no forales: la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho (modificada posteriormente por la DA 2ª de la Ley 5/2015 de Derecho civil vasco); la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia; la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar; la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil Vasco, la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores<sup>48</sup>; y la Ley 11/2016, de 8 de julio, de garantía de los derechos y de la dignidad de las personas en el proceso final de su vida. Con todo, adviértase que, a diferencia de lo sucedido en Aragón y Cataluña, el legislador vasco ha renunciado a integrar en la Ley de Derecho civil el contenido de alguna de estas normas, pese a su carácter estrictamente civil, en particular, las relativas a las uniones no matrimoniales<sup>49</sup> y a los efectos de la ruptura de los progenitores, con una visión quizá todavía demasiado historicista de su Derecho civil propio<sup>50</sup>.

47 De hecho, se ha reducido el número de preceptos, pasándose de 188 a 146 artículos.

48 Nótese que los aptdos. 3 a 5 del art. 11 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, relativo a la exclusión de uno o ambos progenitores de la custodia, individual o compartida, en caso de condena penal por delito de violencia doméstica o de género, ha sido objeto de una cuestión de inconstitucionalidad por parte del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Eibar por posible vulneración del art. 149.1.8 CE; cuestión que ha sido admitida a trámite por el Tribunal Constitucional el 18 julio 2017. Habiendo tenido acceso a la misma, no puedo sino discrepar de la interpretación que del art. 149.1.8 CE hace el titular del referido Juzgado para fundamentarla. Así, considera que la regulación de los efectos de la ruptura matrimonial integra las materias civiles competencia exclusiva del Estado (en particular, de la referente a las “relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio”), todo ello partiendo, en una lectura muy sesgada del referido precepto constitucional, que centra su atención en la idea de que el Derecho civil es “una materia que *a priori* viene atribuida de forma exclusiva al Estado” y omite toda referencia a la segunda parte del referido artículo referido a la competencia civil foral. Por añadidura, acude a la tesis restrictiva sobre la competencia de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, al manifestar que “es indispensable que la norma positiva respecto de la cual se cuestiona la constitucionalidad tenga previamente acreditada su existencia en el momento de entrada en vigor de la Constitución española”. Ninguno de estos argumentos me convence por lo siguiente: 1º.- porque discrepo de la lectura que hace del art. 148.1.8ª CE que contempla la competencia del Estado en materia civil como la regla de principio, para entender, en su lugar, que lo que hace propiamente este precepto es distribuir la competencia en materia civil entre el Estado y las CC.AA con Derecho civil propio, ello sin dejar de reconocer -como resulta obvio- que la competencia atribuida a las mismas está sujeta a un doble límite: no puede ir más allá de “la conservación, modificación y desarrollo” su Derecho civil propio y en ningún caso puede abordar aquellas materias civiles reservadas “en todo caso” al Estado; 2º.- porque no creo que la expresión “relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio” utilizada por el constituyente para delimitar la competencia del Estado en materia matrimonial admita una interpretación tan amplia como la que se propugna la cuestión de inconstitucionalidad en el sentido de que incluya todas aquellas cuestiones objeto de reserva de ley ordinaria por el art. 32.2 CE y, entre ellas y en lo que aquí interesa, los efectos de la ruptura matrimonial (opinión corroborada por la STC 93/2013, de 23 abril, FJ 5.3 que incluye en la materia reservada al Estado las causas de extinción del matrimonio, pero no sus efectos); y 3º.- porque interpreta la expresión “allí donde existan” de un modo absolutamente restrictivo, desvinculándose así de la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional sobre las materias conexas.

49 No obstante, como se ha señalado en texto, la Ley 2/2003 ha sido parcialmente modificada por la DA 2ª de la Ley 5/2015 de Derecho civil vasco en lo que hace al concepto de pareja de hecho y ámbito de aplicación (art. 2) y a la regulación de la relación y régimen económico supletorio (art. 5).

50 Y es que, a mi juicio, estas normas pueden considerarse vinculadas o conexas a otras instituciones forales, en cuyo caso entiendo que estaría plenamente justificado su incorporación al cuerpo legal vigente.

## 2.2. La política legislativa de la Comunidad Autónoma de Galicia

Una evolución similar ha experimentado el Derecho civil gallego<sup>51</sup>, tras la asunción de la correspondiente competencia por su Estatuto de Autonomía de 1981 (art. 27.4)<sup>52</sup>. Así, la reforma de la Compilación del Derecho civil especial de Galicia de 1963 por la Ley 7/1987, de 10 de noviembre se limitó a integrar el texto compilado dentro del Ordenamiento Jurídico de la Comunidad, a la par que procurar su armonía con los imperativos constitucionales. Pese a la referida cautela, la Exposición de Motivos de esta Ley ya advertía de la imperiosa necesidad de renovar la Compilación, incluso mucho más allá de las instituciones que su texto recogía, todas ellas de origen consuetudinario y marcado carácter agrario.

Este aviso se hizo realidad a través de varias leyes especiales (en particular, la Ley 7/1983, de 22 de junio, de régimen de las fundaciones de interés gallego; la Ley 2/1986, de 10 de diciembre, de prórroga en el régimen de arrendamientos rústicos, que recibió el espaldarazo de constitucionalidad por la STC 182/1992, de 16 de noviembre; y la Ley 13/1989, de 10 de octubre, de montes vecinales en mano común), pero fundamentalmente con la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia. Esta Ley, además de establecer un nuevo sistema de fuentes del Derecho civil gallego donde la costumbre desempeña un papel fundamental, desarrolló las viejas instituciones consuetudinarias gallegas (algunas de ellas no recogidas en la Comp. de 1963, como el retracto de graciosa) a la par que introdujo nuevas figuras sin precedentes en Derecho gallego, tales como el usufructo universal del cónyuge viudo, el testamento mancomunado o los pactos sucesorios<sup>53</sup>; opción ésta de política legislativa que, aunque respetable, no puede dejarme de parecerme forzada, en atención a la doctrina constitucional de las materias conexas que personalmente propugno y que, de hecho, invoca el propio Preámbulo de la Ley gallega 4/1995.

Once años después, el legislador gallego volvió a dar un impulso notable a su Derecho civil propio con la promulgación de una nueva Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, que sustituye a la anterior casi duplicándola en número de artículos<sup>54</sup>, y donde no sólo se completa la regulación de instituciones contenidas en la ley anterior, sino que se incorporan nuevas instituciones, ya no sólo ajenas a su Derecho histórico sino difícilmente vinculables a la Ley 4/1995, tales como la

51 Para examen más detallado del proceso de renovación del Derecho civil gallego puede consultarse LORENZO MERINO, F.: "El Derecho civil", cit., pp. 79-110; SANDE GARCÍA, P. en su ponencia en coautoría con PUIG FERRIOL, L.: "La reforma del Derecho civil aragonés: la experiencia catalana y gallega", en AA.VV.: *Actas de los VI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1997, pp. 75-95; y, en fechas más recientes, REBOLLEDO VARELA, Á.: "Derecho civil de Galicia: presente y futuro", *RJN*, núm. 45, 2008, pp. 11-43; y "La iniciativa legislativa en el Derecho civil de Galicia", *Boletín JADO*, núm. 21, 2011, pp. 71-87.

52 El art. 27.4 EAG de 1981, cuyo tenor permanece inalterado, dice así: "En el marco del presente Estatuto corresponde a la Comunidad Autónoma gallega la competencia exclusiva de las siguientes materias: Conservación, modificación y desarrollo de las instituciones del Derecho civil gallego".

53 REBOLLEDO VARELA, Á.: "Derecho civil", cit., p. 16; y "La iniciativa", cit., p. 86.

54 Nótese que de 170 artículos se ha pasado a 308.

autotutela o la adopción<sup>55</sup>. De este modo, con dicha norma se culmina el proceso de actualización del Derecho civil gallego, si bien posteriormente ha sido objeto de una modificación de dudosa constitucionalidad por la Ley 10/2007, en cuanto ha dado nueva redacción la DA 3ª a fin de supeditar la equiparación de las parejas de hecho a los matrimonios a su inscripción en el Registro correspondiente, siempre que tal sea la voluntad de los miembros integrantes de aquello<sup>56</sup>. Ello sin perjuicio de la aprobación de ciertas leyes sectoriales, al amparo de otros títulos competenciales ajenos al Derecho civil propio, en concreto: la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes; la Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar; y la Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia.

En definitiva, puede afirmarse que la política legislativa gallega en materia de desarrollo de su Derecho civil propio no ha tenido vocación de exhaustiva, pero sí de cierta formulación de un Derecho amparado en una interpretación muy generosa de la noción constitucional de “desarrollo”<sup>57</sup>.

### 3. El modelo codificador: El caso de Aragón y Cataluña

Por último el tercer modelo identificable es el codificador, en el que se trata de sustituir la Compilación por un Código de Derecho propio tendencialmente completo. Tal ha sido la política legislativa seguida por la Comunidad Autónoma de Cataluña y, a mi juicio, por la Comunidad Autónoma de Aragón, aunque las concretas líneas de actuación de ambas Comunidades no hayan sido plenamente coincidentes<sup>58</sup> y, por añadidura, Cataluña haya ido más lejos que Aragón en lo que

55 Precisamente la incorporación de estas figuras fue el motivo fundamental del recurso de inconstitucionalidad (recurso núm. 2845-2007) presentado por el Gobierno estatal contra la Ley 2/2006 y admitido a trámite por el Tribunal Constitucional, pero sin que a fecha de hoy haya dictado sentencia.

56 Adviértase que la DA 3ª de la Ley 4/1995 de Derecho civil de Galicia en su redacción originaria equiparaba al matrimonio la pareja de hecho no formalizada, lo que ya de por sí era cuestionable a tenor de la competencia exclusiva del Estado en materia de “relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio” ex art. 149.1.8ª CE. Posteriormente, y como se ha indicado en texto, la Ley atemperó este ímpetu para reservar la equiparación a las parejas inscritas en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia que hubiesen expresado su voluntad favorable en tal sentido, soslayando, a mi entender, otra competencia exclusiva del Estado como es la relativa a la “ordenación de los registros e instrumentos públicos”. Con este nuevo tenor, dicha DA fue objeto de cuestión de inconstitucionalidad (cuestión núm. 1826-2011) por el TSJ de Galicia (Sala de lo Civil y de lo Penal) por entender que contravenía el art. 149.1.8ª CE. El Tribunal Constitucional dictó sentencia el 8 de mayo de 2014 (STC 75/2014) por la que rechazó la cuestión por inadecuada formulación de los juicios de aplicabilidad y relevancia y, por tanto, sin entrar en el fondo del asunto.

57 No sin discrepar de la opinión de REBOLLEDO VARELA, Á.: “Derecho civil”, cit., p. 20.

58 COCA PAYERAS, M. y VILA RIBAS, C.: “El Derecho civil”, cit., p. 215, incluyen en este modelo únicamente a la C.A. de Cataluña, para incardinar a Aragón en el modelo seguido por País Vasco y Galicia. Personalmente discrepo de esta opinión, toda vez que, según puede leerse en la *Ponencia general sobre Objetivos y método para una política legislativa en materia de Derecho civil en Aragón* elaborada en 1996 por la Comisión Aragonesa de Derecho civil como primer paso para reformular el Derecho civil aragonés se estableció claramente como objetivo la elaboración de un nuevo “Cuerpo legal aragonés” que vendría a sustituir y derogar la Compilación de 1967 en su totalidad. Ciertamente en aquel primer momento, probablemente debido a la prudencia que ha siempre caracterizado a los juristas aragoneses -como ya revela la Carta circular del Congreso de Jurisconsultos de 1880-, no se le atribuyó la denominación de Código, pero de la lectura de la Ponencia se desprende que tal era la técnica a seguir; de hecho, llegado el momento de la sustitución del texto compilado por el nuevo Cuerpo Legal, se optó por esta denominación.

hace al desarrollo de su Derecho civil, pudiendo así calificarse esta Comunidad Autónoma como la que ha adoptado una política legislativa más activa en esta materia en el sentido de agotar -y aún rebasar- los límites competenciales a que están sujetas a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, de conformidad con lo dispuesto en el art. 149.1.8ª CE.

### 3.1. La política legislativa de la Comunidad Autónoma de Aragón

Centrando especialmente nuestra atención en la política legislativa desarrollada por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de Derecho civil, interesa advertir *a priori* que, dado que accedió a la autonomía por la vía lenta del art. 143 CE, no pudo asumir la competencia legislativa en materia de Derecho civil propio sino cuatro años después cuando fue aprobado de su Estatuto de Autonomía por la LO 8/1982, de 10 de agosto<sup>59</sup>. En concreto, es su art. 35.1 el que incluye, entre las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma de Aragón, la conservación, modificación y desarrollo de su Derecho civil, a la par que le atribuye la competencia en materia de Derecho procesal derivado de las especialidades del Derecho sustantivo aragonés<sup>60</sup>. Ello sin olvidar la referencia contenida en su Preámbulo que define al Derecho foral aragonés como una de las señas de la identidad histórica aragonesa, parafraseando así a Joaquín COSTA (“Aragón se define por su Derecho”).

En aquel momento el Derecho civil aragonés se conservaba esencialmente en la Compilación del Derecho civil de Aragón aprobada por la Ley 15/1967, de 8 de abril e integrada por ciento cincuenta y tres preceptos; ello sin olvidar, la costumbre -no contraria al Derecho natural o a las normas imperativas aplicables en Aragón- y los principios en que tradicionalmente se inspira el Ordenamiento Jurídico aragonés, reconocidos por el propio texto compilado (arts. 1 a 3) como fuentes del Derecho civil aragonés.

A partir de la Constitución de 1978 o, más exactamente, del Estatuto de Autonomía de Aragón, el Derecho civil aragonés ya no sólo será objeto de mera conservación, sino en una primera fase, de modificación y ulteriormente, de desarrollo en virtud de sucesivas leyes que han fructificado en 2011 en el Código del Derecho Foral de Aragón.

Ahora bien, la labor propiamente de reformulación y desarrollo del Derecho civil aragonés no se inició sino muy tardíamente, en concreto en 1996, año en que fue

59 Como pone de relieve SERRANO GARCÍA, J.A.: “Derecho civil”, cit., p. 34.

60 El art. 35.1.1º EAA de 1982 decía así: “Corresponde a la Comunidad Autónoma de Aragón la competencia exclusiva en las siguientes materias: La conservación modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés, sin perjuicio de las competencias exclusivas del Estado, así como del procesal civil derivado de las peculiaridades de su Derecho sustantivo”. Tras su reforma por LO 5/2007, de 20 abril, esta competencia ha sido desglosada en dos, de una parte, en la competencia en materia de “conservación, modificación y desarrollo del Derecho Foral aragonés, con respeto a su sistema de fuentes” (art. 71.2º EAA) y de otra, en la competencia en materia de “Derecho procesal derivado de las particularidades del derecho sustantivo aragonés” (art. 71.3º EAA).

constituida la Comisión Aragonesa de Derecho Civil en virtud del Decreto 10/1996, de 20 de febrero, del Gobierno de Aragón.

Con todo, con carácter previo a la tarea emprendida por esta Comisión -en concreto, en el lapso temporal comprendido entre 1984 y 1995-, el Derecho civil aragonés, todavía recogido en la Comp. de 1967, fue objeto de ciertas reformas dirigidas esencialmente a asumir este texto legislativo como propio de la Comunidad Autónoma y a adecuar sus previsiones a los principios constitucionales.

De este modo, el punto de partida de los trabajos legislativos en materia de modificación de la Comp. de 1967 deben situarse en 1984, año en que se constituye la Comisión asesora sobre el Derecho civil aragonés (presidida por MERINO HERNÁNDEZ) en virtud del Decreto 24/1984, de 5 de abril, de la Diputación General de Aragón con el encargo de elaborar un Anteproyecto de reforma de la Compilación a fin de adaptar sus preceptos a la Constitución de 1978 -y en particular, al principio de igualdad- y, además, asumirla como Derecho propio de la Comunidad, en ejercicio de la competencia en Derecho civil propio asumida por el Estatuto de Autonomía de 1982<sup>61</sup>. Una vez finalizado el Anteproyecto en octubre de 1984, la Comisión lo entregó a la Diputación General de Aragón que lo presentó a las recién constituidas -o recuperadas- Cortes de Aragón como Proyecto de Ley sobre la Compilación del Derecho Civil de Aragón en diciembre de 1984. Tras la correspondiente tramitación parlamentaria, fue aprobado por el Pleno de las Cortes como Ley 3/1985, de 21 de marzo, sobre la Compilación del Derecho Civil de Aragón.

La siguiente modificación parcial de la Compilación de 1967 tuvo lugar tres años después en virtud de la Ley aragonesa 3/1988, de 25 de abril, sobre equiparación de hijos adoptivos, la cual fue elaborada directamente por las Cortes de Aragón sin intervención de la Comisión Asesora<sup>62</sup>. Como su propio título indica y, de hecho, resulta de la lectura de su Preámbulo, con esta nueva norma se pretendía exclusivamente equiparar los hijos adoptivos a los biológicos por lo que hace al Derecho civil aragonés, dándose un nuevo tenor al art. 19.1 Comp. en tal sentido, a la par que en su aptdo. 2º se declaró la aplicabilidad en Aragón del régimen del Código civil en materia de adopción mientras las Cortes de Aragón no aprobasen una legislación propia al respecto. Ocurre, sin embargo, que, como ha señalado la doctrina más cualificada, tal norma resultaba innecesaria, al estar plenamente vigente en Aragón la total equiparación entre hijos biológicos y adoptivos desde 1987,

61 Ahora bien, interesa notar que esta Comisión hizo suya en gran medida la primera propuesta fallida de reforma de la Compilación de 1967 proveniente de la Comisión de Juristas de Aragón presidida por J.L. LACRUZ BERDEJO y nombrada por el Ente Preautonómico aragonés por delegación del RD 1006/1981, de 22 de mayo, según puede leerse en DELGADO ECHEVERRÍA, J.: "Las Comisiones de Derecho civil: La experiencia aragonesa", en AA.VV.: *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI: de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Parlamento Vasco, Vitoria, 2016, pp. 625-627; y SERRANO GARCÍA, J.A.: "Apuntes sobre la codificación del Derecho civil aragonés", *Azpilicueta*, núm. 12, 1998, pp. 107-110.

62 SERRANO GARCÍA, J.A.: "Derecho civil", cit., pp. 42-43.

año en que se reformó el régimen jurídico de la adopción del Código civil<sup>63</sup>. En cualquier caso, esta Ley -muy moderada en su alcance, a mi entender- fue recurrida ante el Tribunal Constitucional por el Gobierno estatal en virtud del recurso de inconstitucionalidad 1392/1988, por considerar vulnerada la competencia civil estatal del art. 149.1.8ª CE; ello en base en una interpretación, a mi juicio, muy restrictiva de la competencia legislativa atribuida a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio por el mismo precepto<sup>64</sup>. Así, según la lectura que el Abogado del Estado hizo de este precepto constitucional, “la Constitución ha limitado el reconocimiento de la potestad normativa de las Comunidades Autónomas al condicionarla al dato histórico de la existencia efectiva de tales Derechos forales o especiales al promulgarse la Norma Fundamental” y, por consiguiente, “el Derecho Foral podrá ser modificado o y desarrollado, pero siempre a costa de sus propios preceptos y nunca a costa del Derecho común”. Este recurso fue desestimado por el Tribunal Constitucional en virtud de su Sentencia 88/1993, de 15 marzo, optando por una exégesis del art. 149.1.8ª CE y, en concreto, de la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio que, como ya hemos apuntado, adopta la denominada “tesis intermedia”, posteriormente asumida el legislador aragonés cuando en 1996 emprendió la tarea de renovación absoluta de nuestro Derecho civil<sup>65</sup>.

En 1995 la Compilación fue objeto de una nueva reforma “de detalle” esta vez en materia de sucesión legal, preparada por la nueva Comisión Aragonesa de Derecho Civil creada en virtud del Decreto 162/1994 de 12 de julio del Gobierno de Aragón y presidida de nuevo por MERINO HERNÁNDEZ. Me refiero a la Ley 4/1995, de 29 de marzo con la finalidad muy razonable de sustituir al Estado por la Comunidad Autónoma de Aragón como heredera legal de los aragoneses fallecidos sin haber dispuesto voluntariamente de sus bienes (troncales y no troncales), ya sea en testamento o pacto sucesorio, y sin parientes con derecho a heredar ni cónyuge. En concreto, fueron modificados los arts. 135 y 136 Comp., a la par que el art. 51 de la Ley 5/1987 de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asimismo, se incorporó al texto compilado el art. 136 bis en el que se dio nueva redacción a la norma preexistente sobre el Privilegio del Hospital de Nuestra Sra. de Gracia<sup>66</sup>.

63 Vid. en este sentido DELGADO ECHEVERRÍA, J.: “Doctrina del Tribunal Constitucional”, cit., pp. 370-371; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “La conservación”, cit., pp. 68-69; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: *La sucesión legal en el Derecho civil aragonés*, vol. 1º, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000, p. 109; y SERRANO GARCÍA, J.A.: “Derecho civil”, cit., p. 41.

64 Comparto así la opinión de DELGADO ECHEVERRÍA, J.: *idem*, p. 369. Cuestiona, asimismo, esta interpretación SERRANO GARCÍA, J.A.: “Apuntes sobre”, cit., p. 44.

65 La sentencia, no obstante, fue objeto de dos votos particulares de los magistrados PI-SUNYER y GONZÁLEZ CAMPOS que, aun compartiendo el fallo desestimatorio del recurso, defienden una mayor amplitud de la competencia atribuida a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio.

66 El Privilegio del Hospital de Ntra. Señora de Gracia, concedido a dicha institución en virtud de Acto de Corte de 1626 y que se ha mantenido en vigor desde entonces en los sucesivos cuerpos legales aragoneses, consiste en el llamamiento a la sucesión legal del referido centro sanitario, a aplicar en caso de que el causante haya fallecido en el mismo con vecindad civil aragonesa sin haber dispuesto voluntariamente de sus bienes y sin parientes ni cónyuge o si todos ellos no quieren o no pueden heredar (art. 536 CDFFA).



Tras las anteriores reformas fragmentarias del texto compilado se abre una nueva etapa en el proceso de renovación del Derecho civil aragonés con el nombramiento de la nueva Comisión Aragonesa de Derecho Civil en virtud del Decreto 10/1996, de 20 de febrero, del Gobierno de Aragón con el encargo ya no de meramente modificarlo, sino de proporcionarle el desarrollo necesario, al amparo de lo dispuesto en el art. 149.1.8ª CE. En otras palabras, lo que se pretende ahora ya no son meras reformas parciales de la Comp. de 1967, sino una reformulación del Derecho civil aragonés a fin de dotarlo de un mayor contenido, ya sin sujeción a los límites y condicionantes a que estuvo sujeta en su momento la Compilación de 1967, en un contexto muy diferente al presente<sup>67</sup>. Como primer paso, esta Comisión, presidida por DELGADO ECHEVERRÍA, elaboró una Ponencia general sobre *Objetivos y método para una política legislativa en materia de Derecho civil en Aragón* que hizo pública en octubre de 1996, donde se sentaron las bases de la futura codificación civil aragonesa, acogiendo a tal fin la tesis intermedia de la STC 88/1993, de 15 de marzo<sup>68</sup>. En orden a la concreta técnica legislativa a la hora de acometer la elaboración del nuevo Cuerpo legal aragonés, la Ponencia planteó dos posibles opciones, a saber: 1ª.- bien la redacción unitaria de todo el Cuerpo Legal en su conjunto; opción ésta que la Comisión considera preferible en abstracto, por razones de coherencia sistemática y, asimismo, para simplificar la transición de la Comp. de 1967 al nuevo Cuerpo legal; 2ª.- bien la aprobación anticipada de leyes independientes que contuviesen cada una de ellas una parte del Derecho civil aragonés. Así, cada ley parcial derogaría un Libro o varios Títulos de la Compilación de 1967 y, al finalizar el proceso, todas ellas constituirían el nuevo Cuerpo legal. Esta opción fue la que finalmente se impuso a fin de agilizar la tarea de renovación del Derecho civil aragonés.

Fruto de esta política legislativa iniciada en 1996 fueron cuatro leyes aprobadas a lo largo de once años (desde 1999 a 2010), todas ellas provenientes de los trabajos preparatorios de la Comisión Aragonesa de Derecho civil que dieron lugar a sendos proyectos de ley presentados por la DGA a las Cortes de Aragón y aprobados por éstas sin apenas enmiendas. Por orden cronológico son las siguientes: la Ley 1/1999, de 1 de febrero, de sucesiones por causa de muerte que derogó el Libro II Comp. y modificó su Título Preliminar; la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad que derogó los arts. 7 y 22 y los Títulos IV a VI del Libro I de la Comp.; la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la

67 Comparten, asimismo, esta apreciación positiva MARTÍNEZ CORTES, M. en Coloquio de los VI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, a consultar en *Actas de los VI Encuentros*, cit., p. 137; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: "Iniciativas legislativas en los Derechos civiles territoriales. Aragón", *Boletín JADO*, núm. 21, 2011, p. 111; SERRANO GARCÍA, J.A.: "El Código del Derecho Foral de Aragón", *Actas de los XXI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, pp. 70 y 77. Mantienen, sin embargo, una visión discrepante con esta política legislativa MOREU BALLONGA, J.L.: "Una reflexión crítica sobre la expansiva reforma legal del Derecho civil aragonés", *ADC*, 2010-1, pp. 5-45; ROMERO HERRERO, H. y GARCÍA CANTERO, G. en Coloquio de los VI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, a consultar en *Actas de los VI Encuentros*, cit., pp. 127 y 133 respectivamente.

68 El texto de la ponencia puede consultarse en la RDCA, II-2, 1996, pp. 173-196.

Persona que derogó el Libro I de la Comp.; y la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial que derogó los Libros III y IV de la Comp.

Según se ha indicado, la reformulación normativa del Derecho civil aragonés se emprende con la Ley 1/1999 de sucesiones por causa de muerte (en adelante, Lsuc.), abordando así una de sus partes principales y más complejas, el Derecho sucesorio, al que la Compilación de 1967 dedicaba su Libro II, arts. 89 a 142. Estos preceptos (55 en total) son derogados y sustituidos por los 221 artículos de la nueva Ley, distribuidos en siete Títulos. Como puede leerse en su Preámbulo, la nueva Ley no pretende agotar la competencia autonómica en esta materia, sino regular lo que entiende necesario y oportuno para aclarar, desarrollar y profundizar el Derecho aragonés de sucesiones. Así, mantiene prácticamente en su totalidad las instituciones reguladas en la Comp. de 1967 -con la salvedad del testamento ante capellán y del recobro y firma de dote, que son suprimidas-, no sin completar sus previsiones a fin de actualizarlas, precisar su alcance y resolver cuestiones hasta ese momento carentes de regulación. Junto a ello, se ocupa de dotar a todo el conjunto de un marco de normas de aplicación general, muchas de ellas novedosas, a fin de facilitar la aplicación y correcta interpretación de las concretas instituciones. Junto a la reforma del Derecho sucesorio, la DF 1ª Lsuc. lleva a cabo una revisión del Título Preliminar de la Compilación de 1967, al objeto de establecer con mayor rigor el sistema de fuentes de Derecho civil aragonés, modificándolo en lo necesario para adecuarlo a los cambios operados por la CE de 1978 y el EAA de 1982.

La siguiente ley fruto de la Comisión Aragonesa de Derecho civil es la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad, con la que se proporciona un nuevo régimen jurídico a los efectos del matrimonio, dedicando especial atención al régimen económico matrimonial (distinguiendo a tal efecto entre el régimen paccionado, el consorcio foral como régimen legal supletorio de primer grado y la separación de bienes como régimen legal supletorio de segundo grado), así como al derecho de viudedad (con sus dos fases, de derecho expectante y usufructo vidual). Estas materias ya se encontraban reguladas en los Títulos IV, V y VI Comp., que quedan derogados y sustituidos por la nueva Ley. Como puede leerse en el Preámbulo, no se produce con ello una ruptura sustancial con el pasado; al contrario, buena parte de los preceptos compilados, estrechamente vinculados a la tradición histórica aragonesa, quedan incorporados a la nueva Ley, si bien debidamente desarrollados y adecuados a la realidad social actual. Por añadidura, interesa advertir que buena parte de la regulación está inspirada en el principio *standum est chartae* y, por ende, tiene carácter dispositivo.

La tercera ley fruto de la Comisión Aragonesa de Derecho civil es la Ley 13/2005 de Derecho de la Persona (en adelante, LDp.) que se dirige a desarrollar el régimen sobre capacidad de las personas físicas e instituciones de protección de

menores e incapacitados, otra de las materias donde el Derecho aragonés presenta importantes singularidades. Estas cuestiones hasta entonces estaban reguladas en los Títulos I, II y III del Libro I Comp. (en total 18 artículos) que quedan derogados y sustituidos por la nueva Ley (integrada por 168 artículos). Con una sistemática muy similar a la de la Compilación de 1967, la LDp. distribuye la materia en cuatro títulos dedicados respectivamente a la capacidad y estado de las personas, las relaciones entre ascendientes y descendientes -con especial atención a la autoridad familiar-, las relaciones tutelares y la Junta de Parientes, eso sí dotándolas de un régimen jurídico completo del que carecía en el texto compilado.

La tarea de reformulación y actualización del Derecho civil aragonés contenido en la Compilación de 1967 culmina con la Ley 8/2010 de Derecho civil patrimonial (en adelante, LDcp) con la que se pretende desarrollar el contenido de sus Libros III y IV dedicados respectivamente al Derecho de bienes y Derecho de obligaciones. Interesa advertir que dichos Libros del texto compilado, ahora derogados por la nueva Ley, no regulaban toda la materia del Derecho civil patrimonial, sino que se circunscribían a instituciones muy concretas (relaciones de vecindad, servidumbres de luces y vistas y pastos, derecho de abolorio y contratos de ganadería). La regulación de estas instituciones constituyen el único objeto de la LDcp., sin que le pareciese oportuno al legislador aragonés en ese momento regular otras materias de Derecho patrimonial y, por ende, según puede leerse en el propio Preámbulo de la Ley, agotar la competencia legislativa asumida por el Estatuto de Autonomía de Aragón conforme al art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE<sup>69</sup>. Ahora bien, como se señala en el Preámbulo, el número de preceptos multiplica con la finalidad de aclarar y completar las normas anteriores. Con todo, singularmente a los contratos de ganadería sólo se dedica un precepto que reproduce el antiguo art. 153 Comp., dejando para el futuro el desarrollo de su regulación, a mi juicio, muy necesario en lo que hace a los contratos de integración ganadera, habida cuenta de su notable repercusión en la economía aragonesa.

Al margen de la política legislativa diseñada por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil han sido aprobadas adicionalmente dos Leyes por las Cortes de Aragón sobre parejas de hecho y efectos de la ruptura de la convivencia con hijos, fruto ambas de sendas proposiciones de grupos parlamentarios. La primera en el tiempo es la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, aprobada por las Cortes de Aragón a iniciativa del GP Socialista. Con posterioridad, las Cortes de Aragón, a iniciativa del GP Aragonés, aprobaron la Ley 2/2010, de 26 mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, al objeto no sólo de instaurar la custodia compartida como opción preferente, sino de dotar al Ordenamiento Jurídico aragonés un régimen completo

---

69 Como igualmente hace constar J.A. SERRANO GARCÍA, "La reforma del Derecho civil patrimonial", ADC, 2012-4, pp. 1548-1549.

en materia de efectos de ruptura de la convivencia, matrimonial y no matrimonial, con hijos a cargo.

El proceso de reformulación del Derecho civil de Aragón contenido en la Compilación de 1967 culmina finalmente en 2011 con la refundición en un nuevo Cuerpo Legal de las cuatro leyes diseñadas por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil junto con las dos leyes fruto de proposiciones legislativas, sin olvidar el Título Preliminar de la Comp. de 1967 reformado en 1999 y todavía vigente en aquel momento. Dicho Cuerpo Legal, bajo el nombre de Código del Derecho Foral de Aragón, fue aprobado por el Gobierno de Aragón en cumplimiento de la autorización contenida en la DF 1ª LDcp. y previa encomienda de su preparación a la Comisión Aragonesa de Derecho civil por Acuerdo del Gobierno de Aragón de 25 enero 2011<sup>70</sup>. En cualquier caso, dada su condición de texto refundido, el Código del Derecho Foral de Aragón no introduce ninguna novedad de fondo, salvo algunas derivadas de la necesaria armonización y aclaración de las diversas Leyes objeto de refundición<sup>71</sup>.

Para finalizar, interesa señalar que el nuevo Cuerpo legal aragonés, pese a su denominación, no se trata de un Código completo que aborde todo el contenido del Derecho civil y ello por dos motivos<sup>72</sup>. En primer lugar, porque resulta imposible, desde el momento en que, como ya se ha señalado, hay una serie de materias jurídico-civiles reservadas a la competencia exclusiva del Estado por el art. 149.1.8 CE en su 2º inciso; y, en segundo lugar, porque el propio legislador aragonés cuando emprendió la tarea de reformular su Derecho civil propio en ningún momento pretendió agotar su competencia para desarrollarlo, como así se hizo constar en la Ponencia *Objetivos y método para una política legislativa en materia de Derecho civil de Aragón*.

De este modo, en el momento presente pervive la necesidad de la aplicación supletoria del Derecho civil estatal; ello sin perjuicio de que las Cortes de Aragón puedan seguir desarrollando, si así lo desean, el Derecho civil aragonés mediante la aprobación de nuevas leyes. Con todo, lo cierto es que desde la aprobación del Código del Derecho Foral de Aragón en 2011 las iniciativas de renovación del Derecho civil de Aragón han sido de escasa relevancia, sin que, por lo demás, apenas hayan fructificado con alguna salvedad.

70 Nótese que la denominación *Compilación*, aunque fue barajada por la Comisión Aragonesa de Derecho civil en su Ponencia General como alternativa a la de *Código*, finalmente no prosperó una vez llegado el momento de la sustitución de la Compilación de 1967 por el nuevo Cuerpo Legal, por empobrecedora y propia de otra época, así como por tratarse de una denominación que sólo se mantiene en Baleares y Navarra (cfr. SERRANO GARCÍA, J.A.: "El Código", cit., p. 71).

71 De acuerdo con SERRANO GARCÍA, J.A.: "El Código", cit., pp. 89 y 96-112.

72 Como, igualmente, advierten SERRANO GARCÍA, J.A.: "El Código", cit., pp. 75-77; y BAYOD LÓPEZ, C.: "El Derecho civil aragonés del siglo XXI: tradición y modernidad: El Código del Derecho Foral de Aragón", en AAVV: *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* (coord. L. Díez-Picazo), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 548.

De entrada, interesa destacar la reforma de que han sido objeto en la IX y actual legislatura los arts. 535 y 536 CDFa en virtud de la Ley 3/2016, de 4 de febrero. Como su propio título indica, dicha norma legal tiene por único fin el de modificar los precitados artículos del CDFa, en sede de sucesión legal, al objeto de su debida adecuación al art. 20.6 Ley 33/2003 de Patrimonio de las Administraciones Públicas que, en su redacción dada por la DF 8ª LJV ha suprimido la declaración judicial de herederos para atribuir esta competencia a la propia Administración llamada a heredar *ab intestato*. De este modo, en lo que hace a los llamamientos a favor de la Comunidad Foral de Aragón y del Hospital de Ntra. Señora de Gracia, se suprime en los arts. 535 y 536 CDFa el término "judicial", atribuyendo así al Gobierno de Aragón la competencia para efectuar en vía administrativa la declaración de su condición de heredera legal o, en su caso, del Hospital. De modo complementario, la Ley 2/2016, de 28 de enero, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón (art. 33) ha modificado el tenor del art. 20.4 del Texto refundido de la Ley de Patrimonio de Aragón (aprobado por Dc. Legislativo 4/2013, de 17 de diciembre, del Gobierno de Aragón) para atribuir expresamente a la Administración de la Comunidad Autónoma la competencia de autodeclararse heredera legal en vía administrativa.

Por añadidura, son dignas de mención dos leyes que, aunque no estrictamente civiles, tienen indudable repercusión en este ámbito: la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar en Aragón y la Ley 10/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y la muerte, aprobadas ambas pocos días después del CDFa, en concreto, el 24 de marzo.

Junto a las leyes mencionadas, y sin perjuicio de otras iniciativas que no han llegado a fructificar<sup>73</sup>, interesa reparar en dos Proposiciones, una de Ley y otra no de Ley, presentadas en la VIII y anterior legislatura de las Cortes de Aragón, mereciendo su aprobación. La Proposición de Ley por la que se modifica el Código civil en relación con el estatuto personal y la vecindad civil, presentada por el GP Aragonés y aprobada por las Cortes de Aragón en sesión plenaria celebrada los días 4 y 5 de diciembre de 2014 contiene una iniciativa legislativa dirigida a las

73 Me refiero, en concreto, a: 1º.- el Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho foral, presentado en la VIII y anterior legislatura de las Cortes de Aragón por el anterior Gobierno PP-PAR y ya caducado; 2º.- la Proposición de Ley de Actualización de los Derechos históricos de Aragón, presentada, asimismo, en la anterior legislatura de las Cortes de Aragón por los GP Popular y Aragonés y ya caducada, no ser sin objeto de una enmienda a la totalidad por el GP Chunta Aragonesista; 3º.- la Proposición de Ley por la que se modifica el CDFa en relación a la personalidad jurídica de las comunidades o sociedades de montes de origen vecinal, presentada en la IX y actual legislatura de las Cortes de Aragón por el GP Popular y rechazada en sesión plenaria de 29 y 30 de junio de 2016; 4º.- la Proposición no de Ley núm. 43/2011-VIII sobre tramitación de la fiducia aragonesa, presentada por el GP Chunta Aragonesista y aprobada por la Comisión de Hacienda, Presupuesto y Administración Pública de las Cortes de Aragón el 28 septiembre 2011, por la que se instaba al Gobierno de Aragón a dirigirse al Gobierno de la Nación para que modificase el art. 54.8 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (RDc. 1629/1991) con el fin de respetar la naturaleza jurídica de la fiducia sucesoria; y 5.- la Proposición no de Ley núm. 78/2011-VIII sobre la divulgación y conocimiento del Derecho Foral Aragonés, presentada por el GP Chunta Aragonesista y rechazada por la Comisión Institucional y de Desarrollo Estatutario de las Cortes de Aragón.

Cortes Generales donde se propone la modificación del art. 14 Cc relativo a la adquisición de la vecindad civil en dos sentidos: primero, la supresión la previsión relativa a la adquisición y correlativa pérdida automática de la vecindad civil por residencia continuada durante diez años, lo que me parece muy adecuado para evitar la pérdida, ya no sólo física sino jurídica, de población de ciertos territorios de emigración como es el caso de Aragón; y segundo, la ampliación de uno a cinco años del plazo que tiene el hijo emancipado para ejercer su derecho a optar por una vecindad civil diferente a la atribuida en su nacimiento, así como la extensión de esta opción a cualquier vecindad civil que hayan tenido los padres, no necesariamente la última vecindad de cualquiera de ellos<sup>74</sup>. Dicha Proposición de Ley ha tenido una trayectoria muy accidentada: presentada por las Cortes de Aragón al Congreso de los Diputados en su X legislatura, fue admitida su toma de consideración, pero no llegó a tramitarse. La misma suerte corrió en la XI -y efímera- legislatura. Ahora, en la actual legislatura fue admitida de nuevo su toma de consideración por acuerdo del Pleno del Congreso de 15 de noviembre de 2016 y en el momento presente se encuentra a la espera de la emisión del oportuno informe por la Comisión de Justicia<sup>75</sup>.

Por su parte, la Proposición no de Ley núm. 192/2012-VIII sobre la creación de una Ponencia Especial de seguimiento del Derecho foral<sup>76</sup>, fue presentada por el GP Aragonés y aprobada por el Pleno de las Cortes de Aragón en sesión celebrada los días 21 y 22 de junio de 2012. Como indica su propio título, dio lugar a la constitución de una Ponencia en sede de las Cortes de Aragón integrada por cinco diputados pertenecientes a los Grupos Parlamentarios con representación parlamentaria en la VIII legislatura con la encomienda de realizar un seguimiento de la aplicación práctica del Derecho civil aragonés. Por fechas, la Ponencia sólo tuvo oportunidad de recopilar la bibliografía especializada en la materia y, lo que tiene mayor relevancia práctica, recabar información a diferentes instancias y entidades acerca de los posibles problemas detectados en la aplicación del Código del Derecho Foral de Aragón<sup>77</sup>. En cualquier caso, de la lectura de los informes emitidos por la Fiscalía de la Comunidad Autónoma de Aragón, el Justicia de Aragón, el Colegio Notarial de

74 A consultar en <http://bases.cortesaragon.es/bases/Tramitacion.nsf/%28ID%29/5AD34206363AEC04C1257CE400379CC3?OpenDocument>.

75 URL: [76 Su tramitación puede consultarse en <http://bases.cortesaragon.es/bases/Tramitacion.nsf/%28ID%29/A5BE93F0CFA4E65FC1257A00004107FC?OpenDocument>.](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW12&PIECE=IWA2&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLUS.fmt&DOCS=1-1&QUERY=%28I%29.ACINI. +%26+%28PROPOSICI%C3%B3N+DE+LEY+POR+LA+QUE+SE+MODIFICA+EL+C%C3%B3DIGO+CIVIL+EN+RELACI%C3%B3N+CON+EL+ESTATUTO+PERSONAL+Y+LA+VECINDAD+CIVIL%29.OBJE., consultada el 27 octubre 2017.</a></p></div><div data-bbox=)

77 En concreto, los informes fueron recabados de Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Fiscalía de la C.A. de Aragón, Justicia de Aragón, Colegio Notarial de Aragón y Colegio de Abogados de Zaragoza. Pueden consultarse en [http://ecomisiones.cortesaragon.es/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2675:ponenciaderechoforal&catid=712&Itemid=63](http://ecomisiones.cortesaragon.es/index.php?option=com_content&view=article&id=2675:ponenciaderechoforal&catid=712&Itemid=63).

Aragón y el Colegio de Abogados de Zaragoza se revela la necesidad de afrontar alguna reforma de detalle del Código del Derecho Foral de Aragón a fin de resolver ciertos problemas detectados en su aplicación práctica, no así de momento una revisión global del mismo y ni siquiera un mayor desarrollo normativo en aquellas materias no reguladas. En esta IX Legislatura parece que hay interés en las Cortes de Aragón en recuperar la Ponencia y, de hecho, ya se he tomado alguna iniciativa en este sentido por los grupos parlamentarios que en este momento ostentan representación parlamentaria en las Cortes de Aragón, en particular, al objeto de una eventual reforma de la Ley 2/2010, de 26 mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres.

### 3.1. La política legislativa de la Comunidad Autónoma de Cataluña

Una evolución similar, que no idéntica, ha experimentado el Derecho civil catalán desde la asunción por el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979 (art. 9.2) la competencia exclusiva en materia de “conservación, modificación y desarrollo” del mismo<sup>78</sup>, si bien es obvio que el legislador catalán ha llevado más lejos que el aragonés el ejercicio de la competencia en materia de desarrollo, al objeto de dotarse de un Ordenamiento civil completo que hace prácticamente innecesaria la aplicación supletoria del Código civil español<sup>79</sup>. De este modo, el legislador catalán ha optado por una amplia interpretación de la competencia atribuida por el art. 149.1.8ª CE a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, que va más allá de la doctrina constitucional de las materias conexas<sup>80</sup>, admitiendo como único límite las materias civiles reservadas al Estado por el art. 149.1.8ª CE. Es más, en la reforma del Estatuto de Autonomía por LO 6/2006, de 19 de junio, esta opción de política legislativa ha encontrado amparo en el nuevo art. 129 que atribuye a la Generalitat la competencia exclusiva “en materia de Derecho civil”, con la excepción de aquellas materias que el art. 149.1.8ª CE atribuye en todo caso al Estado, precepto cuya constitucionalidad ha sido confirmada por la STC 31/2010, de 28 junio (FJ 76)<sup>81</sup>.

78 El art. 9.2 EAC de 1979 decía así: “La Generalidad de Cataluña tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 2. Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil catalán”.

79 Como así constata igualmente VAQUER ALOY, A.: “Los conceptos”, cit., p. 247. Sobre la política legislativa catalana en materia de Derecho civil propio puede consultarse más detenidamente PUIG FERRIOL, L. en su ponencia en coautoría con SANDE GARCÍA, P.: “La reforma del Derecho civil aragonés: la experiencia catalana y gallega”, cit., pp. 68-74; y en fechas más recientes VAQUER ALOY, A.: “El Derecho”, pp. 69-108, y ARROYO AMAYUELAS, E.: “El desarrollo y la modernización del Derecho civil catalán”, en AA.VV., *¿Hacia dónde van*, cit., 119-170.

80 Como, igualmente, pone de relieve VAQUER ALOY, A.: “Los conceptos”, cit., p. 249. Con todo, advierte este mismo autor en “El Derecho civil”, cit., p. 72, que “ninguna ley sobre Derecho civil de Cataluña ha sido objeto de pronunciamiento por el Tribunal Constitucional, en cuanto a su adecuación, en particular por el reparto de competencias”, lo que no deja de ser cierto, al margen de los motivos que puedan subyacer en este decisión.

81 El art. 129 de la LO 6/2006 de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña dice así: “Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de Derecho civil, con la excepción de las materias que el artículo 149.1.8ª de la Constitución atribuye en todo caso al Estado. Esta competencia incluye la determinación del sistema de fuentes del Derecho civil de Cataluña”. Dicha redacción se convierte así en la “más radical” de las contenidas en los Estatutos de las CC.AA. con Derecho civil propio, que se limitan a reproducir la expresión del art. 149.1.8ª CE atinente a su “conservación, modificación y desarrollo” (cfr. ALBIEZ DOHRMANN, K.: “Prólogo”, cit., p. 15). Con todo, como se indica en texto, su conformidad con la CE ha sido declarada por la STC 31/2010, si bien reconduciendo la competencia catalana en materia civil a los límites art. 149.1.8ª CE tal como han sido

Se discrepe o no de este planteamiento, lo cierto es que ello ha permitido dotar a Cataluña de un Ordenamiento jurídico civil, ya no sólo prácticamente completo, sino muy moderno en el que tienen cabida las orientaciones más novedosas del Derecho civil actual y, en especial, las provenientes del Derecho europeo, lo que no ha sucedido con el Derecho civil estatal que se ha quedado totalmente obsoleto en muchas cuestiones, y no sólo en materia de Derecho de obligaciones y contratos como suele afirmarse, sino también en otras partes del Derecho civil, especialmente en derechos reales<sup>82</sup>.

Esta política legislativa se inició, como en todas las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, con la asunción de la Compilación del Derecho civil de Cataluña de 1960 como texto legislativo propio de la Comunidad Autónoma de Cataluña y la adaptación de sus previsiones a los principios constitucionales por la Ley 13/1984, de 20 de marzo, para cuatro meses después aprobarse su Texto refundido por Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio.

A ello le siguieron varias reformas parciales del texto compilado en virtud de la Ley 8/1990, de 9 de abril, de modificación de la regulación de la legítima; la Ley 29/1991, de 13 de diciembre, de modificación de la Compilación en materia de venta a carta de gracia; y la Ley 8/1993, de 30 de septiembre, de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges.

A la par fueron aprobadas un importante número de leyes civiles especiales desde 1990 hasta la primera década del 2000, abordando tanto instituciones ya reguladas -o, al menos, contempladas- por la Compilación como otras *ex novo*<sup>83</sup>. Pueden mencionarse a este respecto por orden cronológico: la Ley 6/1990, de 16 de marzo, de los censos; la Ley 13/1990, de 8 de julio, de la acción negatoria, las inmisiones, las servidumbres y las relaciones de vecindad; la Ley 7/1991, de 27 de abril, de filiaciones; la Ley 22/1991, de 29 de noviembre, de garantías posesorias en cosa mueble; la Ley 37/1991, 30 diciembre, de medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción en la Comunidad Autónoma de Cataluña; la Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de la tutela e instituciones tutelares; la Ley 10/1996, de 29 de julio, de alimentos entre parientes; la Ley 12/1996, de 29 de julio, de la

---

interpretados por el Tribunal Constitucional, según resulta de la siguiente declaración contenida en su FJ 76 que aquí que se transcribe: "el art. 129 EAC no se refiere, ni podría hacerlo, a la totalidad del Derecho civil español, sino sólo al Derecho civil privativo de Cataluña, respecto del que la Generalitat puede perfectamente ostentar una competencia exclusiva que tenga por objeto la *conservación, modificación y desarrollo de ese Derecho, en los términos establecidos en nuestra doctrina*, y en la que se comprenda la determinación de su propio sistema de fuentes (la cursiva es nuestra).

82 Como he constatado en otro lugar: "Retos del Derecho civil: A propósito de la necesaria reformulación del Código civil", *RGLJ*, 2017 (en prensa). En términos similares se expresa GARCÍA RUBIO, M.P.: "Presente y futuro", cit., p. 73.

83 De acuerdo con VAQUER ALOY, A.: "El Derecho", cit., pp. 71-72 quien hace constar adicionalmente que ya con anterioridad fueron aprobadas dos leyes especiales: la Ley 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas y la Ley 24/1984, de 28 de noviembre, de contratos de integración. Ambas posteriormente fueron sustituidas por la Ley 5/2001 de fundaciones y por la Ley 2/2005 de contratos de integración.



potestad del padre y de la madre; la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja; la Ley 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua; la Ley 6/2000, de 19 de junio, de pensiones periódicas; la Ley 13/2000, de 20 de noviembre de regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación; la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información relativos a la salud, la autonomía del paciente y la documentación clínica; la Ley 22/2000, de 29 de diciembre, de acogida de personas mayores; la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de fundaciones (que sustituyó a la Ley 1/1982 de fundaciones privadas); la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente; la Ley 23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura; la Ley 25/2001, de 31 de diciembre, de la accesión y la ocupación; la Ley 19/2002, de 5 de julio, de derechos reales de garantía; la Ley 2/2005, de 4 de abril, de contratos de integración (que sustituyó a la Ley 24/1984, de 28 de noviembre) y la Ley 1/2008, de 20 de febrero, de contratos de cultivo.

La tercera técnica adoptada por el legislador catalán fue la de las codificaciones parciales<sup>84</sup> que cristalizó primero en la promulgación de la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, del Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña y ulteriormente en la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia<sup>85</sup>; ello sin olvidar el Código de Consumo de Cataluña, aprobado por Ley 22/2010 de 20 de julio al amparo de otro título competencial -el de consumo- y, por tanto, ajeno al de la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio.

La cuarta y definitiva fase se inicia con la Ley 29/2002, de 30 de diciembre que cierra la etapa del desarrollo del Derecho civil catalán por medio de leyes especiales y códigos sectoriales, sustituyendo estas técnicas por la de la codificación general, destinada a culminar en la elaboración de un Código civil catalán<sup>86</sup>. Según puede leerse en su propio Preámbulo, el principal objetivo de la Ley era establecer la estructura, el contenido básico y el procedimiento de tramitación del Código civil de Cataluña (en adelante CcC). En línea con este planteamiento, su art. 3 diseña un Código civil dividido en seis libros: el Libro I, dedicado a las disposiciones preliminares

84 Entendiendo por tal la elaboración de Códigos sectoriales o independientes que regulen grandes bloques del Derecho civil.

85 Según puede leerse en el Preámbulo de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, Primera Ley del Código civil de Cataluña. En concreto, la Ley 40/1991 sustituyó a los arts. 63 a 276 de la Comp. catalana y a la Ley 9/1987 de sucesión intestada, según puede leerse en su DF 1º. Por su parte, la Ley 9/1998 sustituyó a los arts. 6 a 62 de la Comp. catalana, el cap. II relativo a la adopción de la Ley 37/1991 sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, la Ley 39/1991 de la tutela e instituciones tutelares, la Ley 10/1996 de alimentos entre parientes, y la Ley 12/1996 de la potestad del padre y de la madre, según consta asimismo en su DF 1º. Nótese la declaración de inconstitucionalidad de que fue objeto el art. 43.1 Ley 9/1998 por parte de la STC 21/2012, de 16 de febrero. Dicho precepto permitía solicitar la división de los bienes que los cónyuges casados en régimen de separación de bienes (catalán) tenían pro indiviso en los procesos judiciales de nulidad, separación o divorcio. El Tribunal Constitucional estableció que el legislador catalán carece de competencia para legislar esta cuestión procesal al amparo del art. 149.1.6º CE, ya que no se justifica la relación de necesidad existente entre la particularidad sustantiva de su Derecho y la especialidad procesal que incorpora a su Ordenamiento.

86 VAQUER ALOY, A.: "El Derecho", cit., pp. 72-73.

y la regulación de la prescripción y la caducidad; el Libro II, a persona y familia; el Libro III, a la persona jurídica; el Libro IV, a las sucesiones *mortis causa*; el Libro V, a los derechos reales; y el Libro VI, a las obligaciones y contratos. Por añadidura, su art. 6 concibe el CcC como un Código “abierto” a elaborar mediante la aprobación de leyes sucesivas correspondientes a cada uno de los libros o partes de los mismos. Junto a ello, la Ley 29/2002 dota de contenido al Libro I del CcC, incluyendo una serie de disposiciones generales que fijan las fuentes y los principios del Derecho civil catalán, así como una novedosa regulación de la prescripción y caducidad.

Posteriormente han sido aprobados por orden cronológico los siguientes Libros: el Libro V, por la Ley 5/2006 de 10 de mayo, que contiene una regulación completa en materia de derechos reales con seis títulos dedicados a la clasificación de los bienes, la posesión, la adquisición, transmisión y extinción de los derechos reales, la propiedad, las situaciones de comunidad -incluida la propiedad horizontal- y derechos reales limitados; el Libro III por la Ley 4/2008 de 24 abril, que está dedicado a las personas jurídicas, con una parte general, a la que sigue el régimen específico de las asociaciones y fundaciones proveniente de leyes especiales; el Libro IV, en virtud de la Ley 10/2008 de 10 de julio, que se ocupa de las sucesiones *mortis causa* y se compone de seis títulos sobre disposiciones generales, sucesión testada, sucesión contractual y donaciones *mortis causa*, sucesión intestada, legítima y cuarta viudal y adquisición de la herencia; el Libro II, por la Ley 25/2010 de 29 de julio, que recoge el contenido del Código de familia, a la par que incorpora el Derecho de la persona, integrándose así de cuatro títulos dedicados respectivamente a la capacidad de la persona física y su autonomía en el ámbito de la salud, instrumentos de protección de menores e incapacitados -con incorporación de la novedosa figura de la asistencia-, la familia -con regulación de los efectos personales y económicos del matrimonio, los efectos de la nulidad, separación y divorcio, la convivencia estable de pareja, la filiación incluida la adoptiva, la potestad parental y obligación de alimentos-, y las relaciones convivenciales de mutua ayuda; y finalmente buena parte del título II -referido a los tipos contractuales- del Libro VI, por la Ley 3/2017, de 15 de febrero, en concreto, el régimen de la compraventa, permuta y cesión de finca/ aprovechamiento urbanístico a cambio de construcción futura por lo que hace a los contratos con finalidad transmisiva de su cap. 1º, el régimen del mandato por lo que hace los contratos sobre actividad ajena de su capítulo 2º, el régimen de los contratos de cultivo, custodia del territorio y arrendamientos de pastos por lo que hace a los contratos sobre objeto ajeno de su cap. 3º, el régimen del violario y del contrato de alimentos por lo que hace a los contratos aleatorios de su cap. 4º, el régimen de los contratos de integración por lo que hace a los contratos de cooperación de su cap. 5º y el régimen del censal por lo que hace a los contratos de financiación y garantía de su cap. 6º<sup>87</sup>. Junto a ello el legislador catalán no ha

87 Con todo, según puede leerse en la propia Ley 3/2017 (art. 2) se prevé que el Libro VI se integre de tres títulos dedicados respectivamente a disposiciones generales, contratos en particular y fuentes no contractuales de

renunciado a revisar los libros del CcC ya aprobados, primero, en virtud de la Ley 6/2015, de 13 de mayo, de armonización del CcC, aprobada con el único objeto de enmendar errores y omisiones detectados en aquellos por la práctica profesional y la doctrina; y, en fechas más recientes, la Ley 10/2017, de 14 de junio, de voluntades digitales que, inspirada en la Ley francesa núm. 2016-1321, de 7 de octubre, para una República digital, ha modificado no pocos preceptos de los Libros II y IV CcC al objeto de incorporar una serie de instrumentos dirigidos a gestionar la “huella” que deja una persona en los entornos digitales tras su fallecimiento, así como un elenco de medidas dirigidas específicamente a proteger la actividad digital desarrollada por menores e incapacitados en los entornos digitales.

En cuanto a la concreta técnica legislativa empleada en la elaboración del Código civil de Cataluña, de los sucesivos libros que se han ido aprobando hasta la fecha (todos íntegramente, salvo el Libro VI), unos pueden calificarse de “recodificación” en el sentido de que parten de un Código sectorial anterior (el Libro IV, del Código de Sucesiones por causa de muerte) o de leyes especiales (el Libro III, de las Leyes de asociaciones y fundaciones) con independencia de la introducción de modificaciones en su contenido. Otros, en cambio, de “nueva codificación” en el sentido bien de crear libros *ex novo* como es el Libro I; bien de ampliar una parte del Derecho civil con materias hasta entonces no reguladas, como es el caso del Libro II que recoge lo hasta entonces regulado en materia de Derecho de persona y familia por el Código de Familia y diversas leyes especiales<sup>88</sup> a la par que introduce un número considerable de novedades particularmente en materia de persona; y, asimismo, del Libro V que recoge las leyes especiales aprobadas en materia de derechos reales<sup>89</sup>, sin renunciar a regular *ex novo* otras instituciones.

#### 4. La fallida política legislativa de la Comunidad valenciana en materia de Derecho civil propio

Epígrafe aparte merece la singular política legislativa desarrollada por la Comunidad valenciana, y me permito tacharla de “singular”, por cuanto, como es

---

las obligaciones, lo que no va a dejar de plantear pocos problemas competenciales habida cuenta de que el Estado tiene la competencia exclusiva en materia de bases de las obligaciones contractuales (art. 149.1.8º CE) y legislación mercantil (art. 149.1.6º CE). Un avance de su contenido íntegro puede verse en PUIG FERRIOL, L.: “El Llibre sisè del Codi civil de Catalunya: breus referències a les seves particularitats”, conferencia impartida en la *Jornada sobre el Libro VI del Código civil de Cataluña*, celebrada en Barcelona en la Sede del Colegio de Registradores el 27 de mayo de 2015 (URL: <http://ajilc.cat/wp-content/uploads/2015/06/parlaments.pdf>, consultada el 12 julio 2017).

88 Entre otras, la Ley 39/1991 de la tutela e instituciones tutelares, la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, la Ley 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua y la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información relativos a la salud, la autonomía del paciente y la documentación clínica.

89 En particular, la Ley 6/1990, de 16 de marzo, de los censos; la Ley 13/1990, de 8 de julio, de la acción negatoria, las inmisiones, las servidumbres y las relaciones de vecindad; la Ley 13/2000, de 20 de noviembre, de regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación; la Ley 19/2002, de 5 de julio, de derechos reales de garantía; la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente; y la Ley 25/2001, de 31 de diciembre, de la accesión y la ocupación.

sabido, en el momento en que fue promulgada la Constitución de 1978 y se dotó de competencia para conservar, modificar y desarrollar su Derecho civil propio a aquellas Comunidades autónomas “allí donde exista”, no parece que estuviese en mente del legislador constituyente la Comunidad valenciana, donde no existía una Compilación de Derecho civil propio, a diferencia de las restantes Comunidades Autónomas hasta ahora abordadas<sup>90</sup>. Ello obedece a razones históricas que no dejan de ser cuestionables, como apuntan algunos estudiosos muy cualificados desde la propia Comunidad valenciana: La pérdida por Valencia, no así por el resto de los antiguos reinos integrantes de la Corona de Aragón, de sus Fueros a raíz de la Nueva Planta instaurada por Felipe V en 1707<sup>91</sup>. Así, sus Fueros fueron derogados conjuntamente con los de Aragón en virtud del Decreto de 29 de junio de 1707, sin que ulteriormente los recuperase en su vertiente privada, a diferencia de lo acaecido en este territorio donde fueron restituidos por el Decreto de 3 de abril de 1711, así como en Mallorca y Cataluña donde fueron respetados por los Decretos 28 de noviembre de 1715 y 16 de enero de 1716 respectivamente<sup>92</sup>.

A partir de ahí, los Fueros valencianos quedaron relegados en el olvido, siendo muy excepcionales las voces que se alzaron a favor de su posible recuperación durante el siglo XIX<sup>93</sup> en un momento esencial en el devenir del Derecho civil español -el de la codificación-, en el que los restantes territorios de la antigua Corona de Aragón, junto a Navarra, las entonces Vascongadas y aún Galicia se posicionaron a favor de la conservación -al menos, parcial- de su Derecho civil, dando lugar a la “cuestión foral”<sup>94</sup>. Ello explica que, cuando ÁLVAREZ BUGALLAL, Ministro de Justicia en 1880, mediante Real Decreto de 2 de febrero, agregó a la sección civil de la Comisión General de Codificación un letrado en representación de cada una de las regiones y provincias con Derecho civil propio, no incluyese entre ellos a ninguno

- 
- 90 Como así se ha reconocido por la propia doctrina valenciana, Vid. en particular PALAO GIL, FJ.: “La reivindicación de un Derecho civil propio de los valencianos desde la abolición de los fueros: bases históricas”, en PALAO GIL, FJ., DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V., MOLINER NAVARRO, R. y TORREJÓN PUCHOL, J.E.: *Cuatro estudios sobre la competencia de la Generalitat Valenciana para legislar en materia de Derecho civil. Bases históricas y normativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 84, no sin calificar de “discriminatoria y cicatera” la fórmula del art. 149.1.8º CE. De la misma opinión parece participar el Tribunal Constitucional cuando en su Sentencia 1211/1992, de 28 de septiembre (FJ 1º) manifiesta que “sin duda fueron aquellos derechos ya legislados los que se situaron como referencia principal para el constituyente a la hora de articular; en este punto, las competencias del Estado y las que pudieran ser asumidas por las Comunidades Autónomas en los Estatutos respectivos”.
- 91 De acuerdo con VERDEIRA SERVER, R.: “¿Hacia dónde va el Derecho civil valenciano?”, en AA.VV., *¿Hacia dónde van*, cit., pp. 283-285; PALAO GIL, FJ.: “La reivindicación”, cit., pp. 42-47; y DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V.: “La competencia de la Generalitat para legislar en materia de Derecho civil valenciano: su evolución desde la Constitución de 1978 hasta el Estatuto de 2006: una reflexión lealmente crítica de la doctrina de la Sentencia 1211/1992 del Tribunal Constitucional”, en PALAO GIL, FJ., DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V., MOLINER NAVARRO, R. y TORREJÓN PUCHOL, J.E.: *Cuatro estudios*, cit., pp. 106 y 110-111.
- 92 El texto íntegro de los Decretos de Nueva Planta puede consultarse en <http://www.guillermoperezsarrion.es/files/2011/09/LG.pdf>.
- 93 Según se desprende del estudio de PALAO GIL, FJ.: “La reivindicación”, cit., pp. 64-73; así como de las afirmaciones de MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *Pluralidad de Derechos civiles españoles. El art. 149.1, regla 8, de la CE*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 195-196.
- 94 Vid. en términos similares MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *Pluralidad de*, cit., p. 196. Por lo demás, es reveladora la siguiente declaración del Tribunal Constitucional en su Sentencia 82/2016, de 28 de abril: “Tras los avatares codificadores y la solución dada a la llamada cuestión foral, donde no estaba Valencia” (la cursiva es nuestra).

que representase al Derecho valenciano, determinado como regiones forales las de “Vascongadas, Cataluña, Baleares, Galicia, Aragón y Navarra”. La misma enumeración de territorios forales, con omisión nuevamente de Valencia, reiteró la base 13ª de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888. Y ya en la etapa compiladora se reprodujo en el Decreto de 23 de mayo de 1947, que ordenó las comisiones que debían redactar las Compilaciones. Por ello, lo cierto es que cuando entró en vigor la Constitución de 1978 el Derecho civil valenciano era un recuerdo del pasado, sin perjuicio de que rigiesen ciertas costumbres en materia agraria.

Con todo, el art. 31.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad valenciana aprobado por LO 5/1982, en una interpretación muy generosa del art. 149.1.8ª CE (posteriormente avalada por la STC 121/1992, de 28 de septiembre), atribuyó a la Generalitat valenciana competencia exclusiva para conservar, modificar y desarrollar el Derecho civil valenciano<sup>95</sup>.

Ciertamente en un primer momento el ejercicio de esta competencia fue muy moderado<sup>96</sup>, siendo aprobada únicamente la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, de arrendamientos históricos valencianos que, no obstante, fue recurrida ante el Tribunal Constitucional por el Gobierno de la Nación (recurso de inconstitucionalidad núm. 361/87). Dicho recurso fue desestimado prácticamente en su integridad por la STC 121/1992, de 28 de septiembre, dando así legitimidad a la política legislativa emprendida por la Comunidad valenciana en aras de la recuperación de su Derecho civil propio, si bien con ciertos límites. Así, según puede leerse en su FJ 1º, desde el momento en que la Comunidad Valenciana carecía de un texto compilado al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, la competencia de la Comunidad Valenciana para legislar en materia de Derecho civil atribuida por su Estatuto de Autonomía “no puede estimarse referida sino al Derecho consuetudinario que, tras la abolición de los Fueros y hasta nuestros días, subsistiera en el territorio de la Comunidad Autónoma”<sup>97</sup>.

Es tras la STC 121/1992, y probablemente como reacción a la doctrina sentada en la misma, cuando se aprecia un cambio de rumbo en la política legislativa de esta

---

95 Cuestiona, igualmente, la inclusión de este precepto en el Estatuto de Autonomía de Valencia DE PABLO CONTRERAS, P.: en AA.VV, *Curso*, cit., t. I, vol. I, cit., p. 84.

96 Como constata, asimismo, PALAO GIL, F.J.: “La reivindicación”, cit., p. 85. El art. 31.2 EAV de 1982 decía así: “La Generalidad Valenciana tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: Conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Valenciano”.

97 Por añadidura, según puede leerse en el mismo FJ 1º de la STC 121/1992, “el amplio enunciado de esta última salvedad (“derechos civiles forales o especiales”) permite entender que su remisión alcanza no sólo a aquellos Derechos civiles especiales que habían sido objeto de Compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución”, doctrina ulteriormente reiterada por las SSTC 82/2016 y 110/2016. Con todo, como advierte DE VERDA BEAMONTE, J.R.: “Que es” (en prensa), nota 4, pp. 114-116, con cita de abundante aparato bibliográfico, esta doctrina no ha dejado de ser cuestionada, habida cuenta de los importantes problemas interpretativos que plantea en orden a determinar las concretas costumbres a qué se refiere, bien a las procedentes del antiguo sistema foral o a las nacidas *a posteriori*.

Comunidad, encaminada ahora a reforzar la competencia en materia de Derecho civil valenciano más allá de los límites que le había marcado el Tribunal Constitucional en la precitada sentencia<sup>98</sup>. Así su Estatuto de Autonomía es objeto de reforma por la LO 1/2006 en lo que hace a la competencia exclusiva de la Generalitat en materia de Derecho civil foral valenciano para establecer en su DT 3<sup>a</sup> que la misma “se ejercerá por la Generalitat (...) a partir de la normativa foral del histórico Reino de Valencia, que se recupera y actualiza, al amparo de la Constitución Española”. De este modo, se vincula el desarrollo del Derecho civil valenciano a su antiguos Fueros, sin duda al objeto de darle mayor extensión del que se le podía dotar por vía de la costumbre.

En línea con este planteamiento en una década son aprobadas paulatinamente tres leyes civiles, concretamente en materia de Derecho de familia, con el objetivo último de elaborar un futuro Código de Derecho civil foral, según puede leerse en sus respectivos Preámbulos: la Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las Uniones de Hecho, posteriormente sustituida por la Ley 5/2012, de 15 octubre, de la Generalitat, de uniones de hecho formalizadas de la Comunidad Valenciana; la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano; y la Ley 5/2011, de 1 abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

Ahora bien las tres normas referidas fueron recurridas ante el Tribunal Constitucional por el Gobierno estatal y todas ellas han sido declaradas inconstitucionales en el año 2016; en particular, la Ley 10/2007 por la STC 82/2016 de 28 de abril; buena parte de la Ley 5/2012 (en particular, los preceptos que regulaban los aspectos civiles de la unión de hecho) en virtud de la STC 110/2016 de 9 de junio, y la Ley 5/2011 por la STC 192/2016, de 16 de noviembre<sup>99</sup>. Dichas resoluciones coinciden en afirmar que “la llamada [por el art. 49.1.2 EAV] a recuperar y actualizar los antiguos Fueros no autoriza al legislador autonómico a exceder la competencia en materia de legislación civil que el art. 149.1.8<sup>a</sup> CE permite a las

98 Como constata PALAO GIL, F.J.: “La reivindicación”, cit., p. 88. De “coherente, oportuna y prudente” califica esta política legislativa MOLINER NAVARRO, R.: “El razonable ejercicio de la competencia por parte del legislador valenciano en materia de derecho civil: las tres primeras leyes civiles forales”, en PALAO GIL, F.J., DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V., MOLINER NAVARRO, R. y TORREJÓN PUCHOL, J.E.: *Cuatro estudios*, cit., t., p. 219. Ha sido, sin embargo, muy cuestionada por un importante sector de la doctrina; vid. entre otros BLASCO GASCO, F.: “La recuperación de la competencia legislativa en materia de Derecho civil”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 18, 2016, p. 16; MONTES PENADES, V.: “El Derecho foral valenciano”, en AA.VV., *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 319; VERDADERA SERVER, R.: “¿Hacia dónde”, cit., pp. 296-299; MARI OLANO, J.: “Art. 49.1.2”, en AA.VV., *Comentarios al estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana*, dr. V. Garrido Mayol, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 911-946; y DE VERDA BEAMONTE, J.R.: “¿Qué es lo que queda de las legislaciones autonómicas sobre las uniones de hecho”, *Cuestiones de Interés Jurídico*, IDIBE, agosto 2016, pp. 10-11.

99 Las tres sentencias cuentan con voto particular de A. XIOL RIOS, discrepando así del parecer mayoritario y, por ende, de la doctrina constitucional de las materias conexas, para defender una interpretación extensiva de la competencia civil valenciana, con base en la concepción de los Derechos forales o especiales “como subsistemas jurídicos completos, autosuficientes, modernos y susceptibles de desarrollo (y no como realidades fragmentarias premodernas reconocidas provisionalmente con carácter subordinado al Derecho común)”.

Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, más allá del cual se encuentra la competencia indisponible del Estado". A partir de ahí, el Tribunal Constitucional sostiene que la competencia de la Comunidad valenciana para legislar en materia civil se reduce a instituciones ya reguladas vía la costumbre a la entrada en vigor de la Constitución de 1978 o, en su caso, a otras distintas a las ya contempladas pero conexas con ellas, lo que no acaece con el régimen económico matrimonial ni con los posibles efectos civiles derivados de las uniones no matrimoniales ni con las medidas a adoptar respecto de los hijos menores en caso de ruptura o defecto de convivencia de sus progenitores, de lo que se deriva la inconstitucionalidad de las leyes recurridas. De este modo, en interpretación del Tribunal Constitucional, la competencia civil valenciana ha de limitarse al desarrollo de su Derecho consuetudinario vigente en el momento de entrada en vigor de la CE de 1978, que no de su Derecho foral histórico<sup>100</sup>. Este criterio puede (o no) discutirse, pero, en cualquier caso, guarda coherencia con la doctrina del máximo interprete de la Constitución sobre las materias conexas, a mi entender la más acorde con el tenor del art. 149.1.8ª CE y, en particular, con la expresión "allí donde existan" referida a los Derechos civiles territoriales; expresión ésta que parece condicionar la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio al hecho de estar vigente en el momento de la entrada en vigor del texto constitucional<sup>101</sup>. Este marco competencial podrá revisarse *ad futurum* y ampliarse en su caso, pero en el momento presente sus límites son claros, debiendo respetarse so pena de vulnerar la Constitución<sup>102</sup>.

Por añadidura, junto a las leyes referidas, han sido aprobadas otras que, aunque no propiamente civiles, guardan conexión con la materia, cuya constitucionalidad no ha sido discutida por dictarse al amparo de otros títulos competenciales menos conflictivos: la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana; la Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana (hoy sustituida por Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de la Generalitat, de Salud de la Comunidad Valenciana); y la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad Valenciana.

100 Más tajantemente, de vaciado "de facto" del contenido de la competencia civil valenciana habla el Dtor. General de la Abogacía General de la Generalitat valenciana TORREJÓN PUCHOL, J.E.: "Los recursos de inconstitucionalidad contra las primeras leyes civiles forales posteriores a la reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad valenciana del año 2006 y sus incidencias", en PALAO GIL, F.J., DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V., MOLINER NAVARRO, R. y TORREJÓN PUCHOL, J.E.: *Cuatro estudios*, cit., p. 381.

101 Como sostienen igualmente MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "Notas para", cit., p. 236; y DE VERDÁ BEAMONTE, J.R.: "¿Qué es? (en prensa), p. 126.

102 FERRER VANRELL, M.P.: "Competencia exclusiva", cit., pp. 19-22; ARROYO AMAYUELAS, E.: "El desarrollo", cit., p. 134; y GARCÍA RUBIO, M.P.: "Presente y futuro", cit., pp. 13 y 28-29, se refieren a este respecto desde una perspectiva no exenta de crítica a la obsolescencia del art. 149.1.8ª CE.

### III. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: ¿Hacia dónde van los Derechos Civiles Autonómicos? El futuro de los Derechos Civiles Autonómicos, (coord. L. Gázquez Serrano), Difusión Jurídica, Madrid, 2011.

ARCE JANARIZ, A.: *Constitución y Derechos civiles forales*, Tecnos, Madrid, 1987.

AROZAMENA SIERRA, J.: "Competencia de las Comunidades Autónomas en materia civil: el art. 149.1.8 de la Constitución", *AC*, 1988, pp. 2181-2191.

BAYOD LÓPEZ, C.: "El art. 149.3 CE: la supletoriedad del Código civil como Derecho estatal de los Derechos civiles autonómicos (en particular el Derecho civil aragonés)", *RDCA*, V-2, 1999, 75-126.

- "El Derecho civil aragonés del siglo XXI: tradición y modernidad: El Código del Derecho Foral de Aragón", en AA.VV.: *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* (coord. L. Díez-Picazo), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 525-550.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil", en AA.VV.: *Primer Congreso de Derecho vasco: la actualización del Derecho civil*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1983, pp. 73-109.

- "La conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales", *DPyC*, núm. 1, 1993, pp. 15-82.

- "Alto al Derecho civil valenciano", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7, 2016, pp. 23-26.

BLASCO GASCÓ, F.: "La recuperación de la competencia legislativa en materia de Derecho civil", *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 18, 2016, 15-24.

CELAYA IBARRA, A.: *Derecho civil vasco*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1993.

COCA PAYERAS, M.: "El despliegue del art. 149.1.8ª de la Constitución en el ámbito jurídico balear", *DPyC*, núm. 2, 1994, pp. 35-54.

- COCA PAYERAS, M. y VILA RIBAS, C.: "El Derecho civil balear en el Estatuto de Autonomía y sus perspectivas de futuro", en AA.VV.: *Dret viscut. 50 anys de la*



*Compilacio del Dret civil de les illes Balears* (coords. M.P.Ferrer; M. Massot y LL. Segura), Lleonard Muntaner ed., Palma de Mallorca, 2011, pp. 203-223.

DE LA CUESTA SÁENZ, J.M.: *El Derecho civil español y su diversidad legislativa, Lección inaugural del Curso académico 2006-2007 de la Universidad de Valladolid* (URL: [http://riubu.ubu.es/bitstream/10259.2/355/8/Lecci%C3%B3n\\_Inaugural\\_2006.pdf](http://riubu.ubu.es/bitstream/10259.2/355/8/Lecci%C3%B3n_Inaugural_2006.pdf)).

DE PABLO CONTRERAS, P., MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. y PARRA LUCÁN, M.A.: *Curso de Derecho civil, t. I, vol. I* (coord. P. de Pablo Contreras), reimpresión de la 5ª ed., Edisofer, Madrid, 2016.

DE VERDA BEAMONTE, J.R.: "¿Qué es lo que queda de las legislaciones autonómicas sobre las uniones de hecho", *Cuestiones de Interés Jurídico*, IDIBE, agosto 2016, pp. 1-16.

- "Que es lo que queda del Derecho civil valenciano en materia de familia", *DPyC*, núm. 31, 2016 (en prensa), pp. 111-162.

DELGADO ECHEVERRÍA, J.: "Los Derechos civiles forales en la Constitución", *RJC*, 1979, pp. 643-668.

- "Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la competencia legislativa autonómica en materia de Derecho civil", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 4, 1994, pp. 361-404.

- *Los Proyectos de Apéndice del Derecho civil de Aragón (1880-1925): Estudio Preliminar*, IFC, Zaragoza, 2005.

- "Las Comisiones de Derecho civil: La experiencia aragonesa", en AA.VV.: *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI: de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Parlamento Vasco, Vitoria, 2016, pp. 609-639.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: "Las competencias del Estado y de las Comunidades autónomas en materia de Derecho civil", en AA.VV.: *Competencia en materia civil de las Comunidades autónomas* (coord. B. Moreno Quesada), Tecnos, Madrid, 1989, pp. 13-21.

ELIZALDE Y DE AYMERICH, P.: "Prelación de normas civiles en el sistema de fuentes de las Comunidades autónomas", en AA.VV.: *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, t. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, pp. 725-782.

FERRER VANRELL, M.P.: "Competencia exclusiva en legislación civil versus asunción de la competencia en Derecho civil balear", *Indret*, núm. 3, 2008, pp. 1-30.

GARCÍA RUBIO, M.P.: "Presente y futuro del Derecho civil español en clave de competencias normativas", *Revista de Derecho civil*, vol. IV, núm. 3, 2017, pp. 1-33.

GIL RODRÍGUEZ, J.: "Del Derecho foral al Derecho civil vasco", *Boletín JADO*, núm. 21, 2011, pp. 89-103.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española*, Civitas, Madrid, 1980.

LÓPEZ AZCONA, A.: "La política legislativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de Derecho civil propio: de la Compilación de 1967 al Código de Derecho Foral de Aragón de 2011 e iniciativas legislativas posteriores", *Iura Vasconiae*, núm. 13, 2016, pp. 341-402.

- "Retos del Derecho civil: A propósito de la necesaria reformulación del Código civil", *RGLJ*, 2017 (en prensa), pp. 1-40.

LORENZO MERINO, F.: "El Derecho civil de Galicia y la CE de 1978", *DPyC*, núm. 2, 1994, pp. 79-110.

MALUQUER DE MOTES BERNET, C.: "Del artículo 149.1.8ª de la Constitución al ordenamiento jurídico catalán: su reciente desarrollo en sistemas", *DPyC*, núm. 1, 1993, pp. 125-150.

MARÍ OLANO, J.: "Art. 49.1.2", en AA.VV.: *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana*, dtor. V. Garrido Mayol, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 911-946.

MARTÍN CASALS, M.: "El derecho a la *convivencia anómica en pareja*: ¿Un nuevo derecho fundamental? Comentario general a la STC de 23.4.2013", *Indret*, núm. 3, 2013, p. 1-43.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ C.: "Notas para la interpretación del inciso... Allí donde existan del artículo 149-1-8 de la Constitución", en AA.VV.: *Primer Congreso de Derecho vasco: La actualización del Derecho civil*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1983, pp. 231-239.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: *La sucesión legal en el Derecho civil aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000.

- "Iniciativas legislativas en los Derechos civiles territoriales. Aragón", *Boletín JADO*, núm. 21, 2011, pp. 105-120.

MEILÁN GIL, J.L. y RODRÍGUEZ-ARANA, F.: "Derechos forales y competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas", *ADC*, 1989-1, pp. 19-32.

MONTÉS PENADÉS, V.: "El Derecho foral valenciano", en AA.VV.: *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007.

MOREU BALLONGA, J.L.: "Una reflexión crítica sobre la expansiva reforma legal del Derecho civil aragonés", *ADC*, 2010-1, pp. 5-45.

OSÉS ABANDO, J.: "Autogobierno y Derecho civil vasco: El rol del Parlamento vasco", en AA.VV.: *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI de la ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Parlamento Vasco, Vitoria, 2016, pp. 112-133.

PALAO GIL, F.J., DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V., MOLINER NAVARRO, R. y TORREJÓN PUCHOL, J.E.: *Cuatro estudios sobre la competencia de la Generalitat Valenciana para legislar en materia de Derecho civil. Bases históricas y normativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

PUIG FERRIOL, L.: "El Llibre sisè del Codi civil de Catalunya: breus referències a les seves particularitats", conferencia impartida en la *Jornada sobre el Libro VI del Código civil de Cataluña*, celebrada en Barcelona en la Sede del Colegio de Registradores el 27 de mayo de 2015 (URL: <http://ajilc.cat/wp-content/uploads/2015/06/parlaments.pdf>).

- y SANDE GARCÍA, P.: "La reforma del Derecho civil aragonés: la experiencia catalana y gallega", en AA.VV., *Actas de los VI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1997, pp. 65-103.

REBOLLEDO VARELA, Á.: "Derecho civil de Galicia: presente y futuro", *RJN*, núm. 45, 2008, pp. 11-43.

- "La iniciativa legislativa en el Derecho civil de Galicia", *Boletín JADO*, núm. 21, 2011, pp. 71-87

ROCA TRÍAS, E.: "El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978. Estudio comparativo del tratamiento de los Derechos civiles españoles en las distintas Constituciones y en la vigente", *RJC*, 1979, pp. 7-36.

RUBIO TORRANO, E.: "Constitución y Derecho navarro", *DPyC*, núm. 2, 1994, pp. 55-78.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P.: "Competencia de los Parlamentos autónomos en la elaboración del Derecho civil: estudio del artículo 149.1.8ª de la Constitución", *ADC*, 1986-4, pp. 1121-1168.

SERRANO GARCÍA, J.A.: "Apuntes sobre la codificación del Derecho civil aragonés", *Azpilicueta*, núm. 12, 1998, pp. 93-114.

- "Derecho civil de Aragón: Presente y Futuro", *RDCA*, XV, 2009, pp. 23-72.

- "La reforma del Derecho civil patrimonial", *ADC*, 2012-4, pp. 1497-1549.

- "El Código del Derecho Foral de Aragón", *Actas de los XXI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, pp. 69-140.

VAQUER ALOY, A.: "Los conceptos de conservación, modificación y desarrollo del art. 149.1.8 de la Constitución: su interpretación por el legislador catalán", *DPyC*, núm. 2, 1994, pp. 239-250.

- "El Derecho civil catalán: presente y futuro", *RJN*, núm. 46, 2008, pp. 69-108.



**¿CUENTA EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO  
CON HERRAMIENTAS SUFICIENTES PARA TUTELAR EL  
DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER?**

**DOES THE CUBAN LEGAL SYSTEM HAVE SUFFICIENT  
TOOLS TO PROTECT THE RIGHT OF DISPOSAL OF THE  
CORPSE?.**

*Rev. Boliv. de Derecho N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 62-109*



Jorge ENRIQUEZ  
SORDO

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 18 de mayo de 2017

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de junio de 2017

**RESUMEN:** Con las presentes líneas se busca reflexionar sobre la deficiente protección del derecho de disposición sobre el cadáver en el ámbito sustantivo y procesal civil en Cuba. Se parte de analizar los aciertos y desaciertos de la regulación de este derecho en los espacios mencionados, y la necesidad de atemperar nuestras normas a la naturaleza jurídica del mismo en aras de prevenir litigios y que el derecho objeto de estudio se pueda realizar de forma más completa, en tanto y en cuanto se modifique la legislación vigente. Además se analiza críticamente la última sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Cuba sobre la materia, y se trata de ilustrar como se manifiesta esa insuficiente tutela ante una faceta concreta de este derecho.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho de disposición sobre el cadáver, protección civil, proceso civil, cadáver, medidas cautelares, exhumación, inhumación, memoria pretérita, dignidad humana.

**ABSTRACT:** With these lines we seek to reflect about the poor protection of the right to dispose of the corpse in the substantive and procedural civil law in Cuba. It starts analyzing the successes and failures of regulation of this right in the mentioned areas, and the need of our law to understand its essence, in order to avoid future litigation and that the right under study can be performed in a more fully way, as long as the legislation is modified. In addition, the last sentence issued by the Supreme Court of Cuba on the subject is critically analyzed, and it is a question of illustrating how this insufficient protection is manifested before a specific facet of this right.

**KEY WORDS:** Right to dispose of the corpse, civil protection, civil proceedings, dead body, precautionary measures, exhumation, burial, past memory, human dignity.

**SUMARIO.-** I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. VÍAS DE PROTECCIÓN AL DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER OFRECIDAS POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO.- 1.- Protección sustantiva del derecho de disposición sobre el cadáver. Sobre la acción.- 2. ¿Cómo reaccionar concretamente ante la violación del derecho de disposición sobre el cadáver en el plano sustantivo civil?- 3. El no reconocimiento de la reparación pecuniaria del daño moral puro y su incidencia en la desprotección del derecho de disposición sobre el cadáver.- 4. El artículo III del código civil cubano y su incidencia en la protección del derecho de disposición sobre el cadáver.- 5. Las acciones preventivas y el derecho de disposición sobre el cadáver.- III.- LA PROTECCIÓN PROCESAL CIVIL DEL DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER.- 1. El derecho de disposición sobre el cadáver y la competencia por razón de la materia o la cuantía.- 2. La excesiva duración del proceso ordinario y su repercusión en la tutela efectiva del derecho de disposición sobre el cadáver.- 3. Las medidas cautelares como mecanismo útil para la protección del derecho de disposición sobre el cadáver ante la excesiva duración del proceso ordinario.- 4. Las medidas autosatisfactivas con vistas a la protección del derecho de disposición sobre el cadáver.- IV. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA SENTENCIA NÚMERO 757 DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2016 DICTADA POR LA SALA DE LO CIVIL Y LO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO POPULAR DE LA REPÚBLICA DE CUBA.- A) Para situarnos en lo acontecido.- B) Sobre el proceso escogido por la parte actora y las acciones ejercitadas.- C) Sobre los sujetos legitimados.- D) Sobre la pretensión y los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia.- E) Sobre el motivo de casación.- F) A propósito del fallo dictado por el tribunal.- V. A MODO DE CIERRE.- VI. BIBLIOGRAFÍA.

---

## I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

La protección de la persona es un hecho cierto que de siempre ha preocupado al ser humano. La necesidad de no ser lesionado en su integridad física, de proteger su vida, expresar sus ideas, tener una identidad, defender su intimidad o disponer de su cadáver o sus partes, ha estado siempre latente a lo largo del proceso civilizatorio. En la medida que la Ciencia del Derecho avanzó se fueron perfilando mejor estos intereses tan valiosos, llegando a plasmarse primeramente en los textos constitucionales, en un segundo momento en los Códigos Penales; y por último en los Códigos Civiles bajo la denominación de derechos de la personalidad, derechos inherentes a la personalidad o derechos personalísimos. Con un encuadre en la norma sustantiva y posteriormente con una instrumentación en la norma procesal.

### • Jorge Enriquez Sordo

Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana en el año 2006. Máster en Bioética por la Universidad de la Habana en el año 2013. Ha ejercido como juez profesional y Notario Público en la provincia de La Habana. Profesor con categoría docente principal de auxiliar, contratado a tiempo completo en la Facultad de Derecho de La Universidad de La Habana, hallándose adscrito a su Departamento de Derecho Civil y Familia. Correo electrónico: jenriquezsordo@gmail.com



El tema de los derechos personalísimos ha cobrado tal relevancia, que hoy ocupa un lugar obligado en los textos de Derecho Civil, específicamente en aquellos que abordan la Parte General y el Derecho de Personas<sup>1</sup>. Esto demuestra en alguna medida la trascendencia, que tanto en el ámbito social como jurídico, han adquirido éstos. De ahí entonces, que sea necesario contar con una legislación que proporcione una tutela efectiva y completa, que permita su plena realización dentro de los límites permitidos en cada sociedad. No es suficiente con que las diferentes situaciones jurídicas de poder estén enunciadas en la norma jurídica, sino que es necesario que se pueda reaccionar ante su violación, y a través de un medio rápido recuperar el estado anterior al daño, para así poder hablar de verdaderos derechos subjetivos. Empero, esto no siempre ocurre así, por lo que debemos valernos de soluciones creativas y herramientas alternativas, a veces profilácticas y antilitigiosas, que ante la deficiente tutela sustantiva y procesal, permitan que el derecho se realice y cumpla su cometido, o que las consecuencias dañosas se reduzcan a la mínima expresión, o crear un documento público que sirva de guía y brinde seguridad a la hora de entablar cierto proceso judicial, cuestión en la que el notario puede ser una pieza clave a través de su función fedante y de preconstitución de prueba.

Dentro de estos derechos, quiero dedicar estas líneas a reflexionar sobre el derecho de disposición sobre el cadáver; consciente de las particularidades que el mismo presenta y de la necesidad de que la tutela que se le brinde sea ágil y eficaz. Los planteamientos que se harán a lo largo de este artículo se asientan sobre el entendido de que el derecho de disposición sobre el cadáver es un derecho personalísimo (cuando se habla de su titular originario) y que se ejercita en un momento marcado por el dolor; donde en la mayoría de las veces no prima la razón, sino el aspecto emotivo y afectivo, además de estar signado por la urgencia que nace de los procesos biológicos y naturales a que inexorablemente se ve sometido el cuerpo humano muerto y sus partes.

Por otra parte, ante ausencia de voluntad del finado existe un derecho familiar a disponer de sus restos y que no es transmisible mortis causa, sino que nace en los parientes más propinuos. Al igual sucede cuando el causante hizo ejercicio de su derecho, pero les corresponde a sus familiares defenderlo. Claro, que en este punto surge el problema de cómo establecer esa preferencia y que criterios tener en cuenta cuando la norma no se pronuncia y el finado nada dijo al respecto.

---

<sup>1</sup> En este sentido puede verse los siguientes autores: VALDÉS DÍAZ, C. del C.: "Relación jurídica civil", en AA.VV.: *Derecho Civil. Parte General* (coord. por C. C. VALDÉS DÍAZ), Félix Varela, La Habana, 2002. BAÑEGIL ESPINOSA, M. A.: "Los Derechos de la Personalidad", en AA.VV.: *Instituciones de Derecho Privado* (coord. general J. F. DELGADO DE MIGUEL, tomo-I, *Personas*, vol. 2º, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 312-536; ESPINOZA ESPINOZA, J.: *Derechos de las Personas*, Hullaza, Lima, 2001; DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN A.: *Sistema de derecho civil*, Volumen I, *Introducción, Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, Tecnos, Madrid, 1992; CIFUENTES, S.: *Derechos Personalísimos*, Astrea, Buenos Aires, 1995; CHAVES DE FARIAS C. - ROSENVALD N.: *Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB*, Juspodium, Salvador-Bahia, 2017, pp. 171-392.

A tales fines se va a discurrir en un primer momento sobre las vías de protección que se brindan en el orden sustantivo civil, en un segundo orden en el ámbito procesal civil, develando las insuficiencias que ambos espacios presentan a la hora de tutelarlos en el contexto cubano; y por último será analizada dicha tutela ante un supuesto concreto, a partir de la sentencia número 757 de 30 de septiembre de 2016 dictada por la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba.

## II. VÍAS DE PROTECCIÓN AL DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER OFRECIDAS POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO.

En el ámbito civil existen dos grandes grupos de normas en las que se pueden ubicar las diferentes vías de protección a este derecho: el sustantivo y el procesal, pudiera tener incidencia también el derecho penal, pero al ser de última *ratio* y alcanzar sólo aspectos puntuales, no se traerá a colación. Ergo, sobre esa base se perfilan y concretan los diferentes medios de tutela, según el contenido y el cometido de cada una de estas ramas.

En el ámbito sustantivo se sitúan preponderantemente aquellos instrumentos que van a servir de sustento a la defensa de las distintas posibilidades de actuación que sobre el cadáver y sus partes existen, es decir todo lo que tiene que ver con el contenido del arsenal defensivo. *Verbi gratia*, las acciones que se reconocen, los sistemas de responsabilidad jurídica civil, la definición del acto dañoso, los momentos a partir de los que se puede instar la tutela, (ante una amenaza de daño o ante una materialización de este), así como cual va a ser el contenido de esa responsabilidad. En fin, la norma sustantiva va a determinar qué se puede pedir y cuándo se puede pedir.

Por su parte el orden procesal va a organizar el proceso y los procedimientos a través de los cuales se va a poder encauzar lo dispuesto en el orden sustantivo, así como las medidas para garantizar que se cumpla la pretensión y que sea eficaz la sentencia que en su día se dicte. Aquí estaríamos hablando del cómo, es decir, del tipo de proceso, de las medidas cautelares sean o no innominadas, de las autosatisfactivas, así como de la prioridad de tales medidas.

Esta situación que se describe, depende de cada ordenamiento jurídico en particular y del espíritu doctrinal que los inspire. No obstante, existe una constante, que esta dada por el hecho cierto de que el ordenamiento sustantivo expresa qué se puede pedir y el adjetivo cómo se puede pedir y a través de que vías encausarlo. En la medida que este binomio funcione adecuadamente tendrá más posibilidad de ser efectiva la protección que se le brinde a este derecho o a cualquier otro.

## I. Protección sustantiva del derecho de disposición sobre el cadáver. Sobre la acción.

Cuando se habla de la tutela de cualquier derecho, el primer término que viene a la mente de los operadores jurídicos es el de acción. Cual elemento imprescindible e inescindible a la hora de entablar la contienda. Es una categoría jurídica que a pesar de que se ha teorizado mucho sobre ella, lamentablemente aún no se encuentra un criterio unánime sobre su esencia; sino que se confunde y se utiliza indistintamente desconociéndose su verdadero significado y naturaleza jurídica, asumiéndose al respecto criterios que dan la espalda a la dogmática y a la lógica jurídica, y a la abstracción que debe estar presente en todo sistema de derecho.

Usualmente se ve a la acción como categoría que engloba tanto la posibilidad de dirigirnos al órgano jurisdiccional, como al contenido de lo que se reclama y como se reclama. Adempero, siguiendo una adecuada formulación jurídica, y acorde con lo propugnado por la doctrina procesal contemporánea, estamos incurriendo en un error técnico jurídico grave, que más que proporcionar claridad, lo que propicia es confusión.

Una de los factores que propicia la confusión, es lo cómodo que resulta la utilización del vocablo acción y su significado gramatical. Estamos ante una palabra cuyo concepto está estrechamente relacionado con la idea de movimiento, reacción, defensa, que es lo que hacemos cuando se nos viola un derecho. Sin embargo, resulta muy peligroso desde el punto de vista del derecho, generalizar el vocablo, pues se pudiera hacer un mal uso de la institución de la prescripción y cercenar la posibilidad a las personas de acceder a la justicia, pues la acción como la entiendo, y como se expondrá a continuación es imprescriptible, no así las otras posibilidades de actuación.

A mi modo de ver, constituye acción la posibilidad general de acudir ante el órgano jurisdiccional en busca de justicia, en función de que el pedimento sea escuchado, como materialización del principio del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>2</sup>. Sería la posibilidad de acudir a los Tribunales siempre que se estime que se ha violado o que se pueda violar un derecho, con independencia de que se tenga razón o no, para así poder realizar el derecho a acceder a la justicia, pues en virtud de este principio, es el órgano jurisdiccional el que debe decidir a *posteriori*, si obra o no razón.

Luego, las facultades que conforman el contenido del derecho subjetivo de disposición sobre el cadáver y que están relacionadas con su protección estarán compuestas por la acción, como anteriormente se ha descrito, y por aquellas otras posibilidades de actuación que tienden a su defensa, y que constituyen el derecho

---

2 La Carta Magna Española le da rango constitucional a este principio en su artículo 24.

en tiempo de guerra del que hablaba SAVIGNY en su momento, conformado por la posibilidad de reaccionar ante una la violación y el contenido de lo que se puede exigir. Esas situaciones jurídicas de poder no serían acciones acorde con la teoría abstracta. No obstante, a ellas va referida la prescripción y no a la acción en cuanto posibilidad de acudir al órgano de justicia, que nunca prescribe. El órgano judicial a *posteriori* determina si la posibilidad de reaccionar que confiere la norma ha fenecido por haber prescrito, o continua latente, según lo establecido en el Código Civil<sup>3</sup>.

Por su parte la caducidad iría encaminada a todo el derecho en los casos que prevea la norma. A la muerte de la situación jurídica de poder global, convirtiéndose en derecho natural, al igual que la obligación del deudor o del perturbador. Fenece el derecho y junto a él las facultades que lo componen. Sería la pérdida del sentido de ese derecho para el ordenamiento, su no coactividad, su no existencia jurídica, con independencia de su reconocimiento en el plano extrajurídico.

Ahora bien, desde el punto de vista metodológico se puede realizar una distinción a la hora de emprender un estudio de la temática tuitiva, acorde a la regulación que sobre el tema ofrece el Código Civil, y que facilite su comprensión. Esta diferenciación estaría dada por el hecho de entender la acción en sentido abstracto, y en sentido concreto. En sentido abstracto, hablaríamos de lo que se entiende como verdadera acción; mientras que en sentido concreto se hablaría del qué, es decir, qué es lo que se puede hacer ante la violación de un derecho subjetivo que ha sido lesionado, qué se puede reclamar, qué se puede obtener, con independencia de que posteriormente se decida por el juez que no obraba derecho y que había prescrito la acción en sentido concreto, o que simplemente no correspondía razón en Derecho. A partir de ahora, al analizar las acciones que tutelan el derecho de disposición sobre el cadáver lo haré en sentido concreto.

## 2. ¿Cómo reaccionar concretamente ante la violación del derecho de disposición sobre el cadáver en el plano sustantivo civil?

Las posibilidades de actuación ante la violación de los derechos personalísimos en el ámbito sustantivo tienen muy variada configuración, y no es necesario que sean propias o que pertenezcan a un tipo de derecho particular (como es el caso del derecho objeto de análisis). Uno de los aciertos a la hora de elaborar una disposición jurídica, está dado precisamente por la capacidad de abstracción de sus preceptos, no por su particularización, lo que demuestra el empleo de una técnica jurídica de vanguardia, de la cual es claro ejemplo el Código Civil alemán. Adempero,

---

3 Es dable señalar que el Código Civil cubano en su artículo 24 inciso ch) le confiere carácter imprescriptible a los medios tendentes a tutelar los derechos personalísimos (entre los que se encuentra el derecho de disposición sobre el cadáver), no obstante, ello no hace que se confundan esas acciones con la acción en sentido abstracto.

ello no obsta la existencia de determinados mandatos particulares, que sean más afines a la institución regulada<sup>4</sup>.

Luego, las vías de accionar van a configurarse a partir de la viabilidad de responder ante un peligro inminente, ante una materialización del daño o ante una futura violación. La primera y la última estarán referidas al ámbito preventivo, mientras que la segunda abordará lo atinente a la cuestión resarcitoria y reparadora de la situación jurídica perturbada, del daño acaecido. Tanto unas como las otras son de perfecta aplicación al derecho de disposición sobre el cadáver, reforzando con ello su protección<sup>5</sup>.

El Código Civil cubano es el encargado de regular esta materia. Su artículo 38 constituye el único precepto que hace referencia expresa a la protección de los derechos personalísimos (donde ubicamos el derecho de disposición sobre el cadáver), aunque condicionándolos solamente a aquellos que estén reconocidos en la Constitución de la República. Este precepto es del tenor literal siguiente: “La violación de los derechos inherentes a la personalidad consagrados en la Constitución, que afecte al patrimonio o al honor de su titular; confiere a éste o a sus causahabientes la facultad de exigir: a) El cese inmediato de la violación o la eliminación de sus efectos, de ser posible; b) la retractación por parte del ofensor; y c) la reparación de los daños y perjuicios causados”.

Lo primero que se debe examinar es la redacción del precepto. El mismo circunscribe *ab initio* la posibilidad de reaccionar ante el hecho que ha acaecido, y no ante aquel que pudiera acaecer; con lo que cierra las puertas a las acciones preventivas. Esto se aprecia de la utilización del verbo afecte, que indica realización, resultado en

4 Cuando se estudian las legislaciones foráneas, no siempre nos encontramos con un catálogo de acciones en sentido concreto que correspondan única y exclusivamente a los derechos personalísimos o al derecho de disposición sobre el cadáver. Por el contrario, se pueden observar tres formas de regulación diferentes: la de aquellos ordenamientos jurídicos que establecen un conjunto de acciones en sentido concreto, de carácter general para cualquier tipo de derecho, aquellos otros que sólo establecen acciones particulares para los derechos personalísimos, y aquellos que siguen una postura ecléctica. De entre ellas me parece que la fórmula ecléctica es la más atinada, ya que permite conciliar la generalidad y abstracción con la naturaleza jurídica especial de estos derechos. En este último sentido se pueden confrontar los Códigos Civiles de Italia, Perú, Portugal y Brasil.

5 En este mismo sentido se puede ver a CIFUENTES, S.: “Derechos Personalísimos”, cit., p. 648. “Los medios tendentes a sancionar y subsanar el hecho consumado son el resarcimiento, las publicaciones, la respuesta y la retractación hechas públicas”. Y agrega: “claro que indirectamente sirven de contención pero el orden jurídico se estrecharía en marcos pobres e inadecuados si, además, fuera imposible usar otras armas para evitar la consumación del ataque, cuando aquella coacción de los medios sancionatorios pudiera resultar insuficiente”. Y hace referencia entonces a la importancia de que existan acciones precautorias y preventivas que se ejerciten antes de que el daño se materialice, como una manera de reforzar la tutela a estos derechos. BAÑEGIL ESPINOSA, M. A.: “Los Derechos de la Personalidad”, cit., pp. 342-343. Reconoce la posibilidad de que existan acciones de ambas naturaleza. Éste autor propone como mecanismos de tutela cuando ha acaecido un daño, la acción revocatoria, la declarativa, la de daños y perjuicios, la de publicidad y la de restitución y por otra parte las acciones preventivas, que en sus palabras: “tiende a conseguir un pronunciamiento judicial que impida que la lesión del derecho de la personalidad se produzca cuando hay suficientes indicios de trasgresión inminente. De este modo se puede actuar preventivamente contra publicaciones o medios de difusión de antemano si lo estima el juez”.

presente. De lo contrario el legislador hubiera empleado la construcción “que afecte o que pueda afectar”.

También se puede añadir que se trata de un artículo que abarca las violaciones a los derechos personalísimos que tienen un contenido tanto patrimonial como puramente moral. Pues la violación a los derechos de la personalidad puede afectar el patrimonio o al honor de su titular. La norma cubana no acoge la categoría de patrimonio moral (cuestión con la que estoy conteste); ademporo si reconoce el daño de tipo moral, el cual recae sobre derechos de esta naturaleza, por tanto la categoría honor a que hace referencia el precepto debe entenderse en el sentido de daño moral, o atentado a la faceta espiritual de la persona.

Ahora bien, después de haber hecho estas dos reflexiones, corresponde analizar las acciones que en sentido concreto recoge este artículo. Acciones que son conferidas de forma particular para los derechos personalísimos. En el inciso a) se encuentran reguladas varias acciones; siendo necesario preguntarse cómo operan las mismas, es decir: ¿son acciones excluyentes?, ¿ante que tipo de violaciones pueden ser utilizadas?

Si se sigue la dicción literal del precepto, cabría la posibilidad de pensar que son acciones excluyentes, que no pueden ser ejercitadas al mismo tiempo. La utilización de la conjunción “o” así lo hace ver. Sin embargo, con una segunda lectura de la norma se puede apreciar que más que entrar en contradicción, lo que hacen es complementarse. Por qué se dice esto, bueno, el precepto admite dos posibilidades de defensa, detener la violación y reparar el daño ocasionado si es posible. La primera se refiere a detener la lesión que se está realizando, en presente y de forma continuada; la segunda a restaurar la situación anterior al daño siempre que sea posible, hace mención a un daño acaecido. Por tanto, ambas se encuentran estrechamente relacionadas, y son perfectamente compatibles, aunque, también pudieran utilizarse separadamente.

Cómo se comprende esto, la primera posibilidad de actuación que se regula en este inciso, es la de reaccionar ante una violación que se esta desarrollando, que está ocurriendo en tiempo presente, que no ha terminado de producirse<sup>6</sup>. Se trata de impedir que continúe realizándose. No obstante, una vez ejercitada la acción no sería suficiente, pues con ella no se repara el daño, sólo se detiene la conducta lesiva, siendo necesario ejercitar la segunda acción que se regula, consistente en la reparación de los daños causados de ser posible. Y en el supuesto de que no fuera viable repararlos, se tendría que hacer uso de la indemnización de daños y perjuicios que prevé el inciso c). Todo esto demuestra la incorrecta utilización de la conjunción “o”.

6 Piénsese en un daño a la memoria pretérita, mediante un atentado a la imagen, por la circulación de la foto de un cadáver mediante una publicación de contenido denigrante. Mientras continúe la distribución del periódico o revista, se continuará repitiendo la violación, y por tanto sería posible el ejercicio esta acción.

Por otra parte, si estuviéramos hablando de una lesión ya acaecida, no sería apropiado instar el cese inmediato de la violación sino la reparación del daño, siempre que fuera pertinente. Utilizándose entonces la segunda opción, pero con independencia de la primera. Esta segunda posibilidad de actuar ante la violación, es lo que la doctrina ha dado en llamar restitución o reparación *in natura*, que es lo más deseable como medio de restablecimiento de la situación jurídica anterior; siendo lo más acorde en sede de derechos personalísimos<sup>7</sup>. A pesar de ser lo deseado, resulta en la práctica muy difícil su concreción atendiendo a la naturaleza de la lesión a este tipo de derechos, donde no es comparable los efectos que puede tener la reparación *in natura* para un daño de tipo moral, eminentemente subjetivo, que para un daño de tipo material<sup>8</sup>.

Una última precisión que se debe hacer con respecto a este aspecto, es la forma en que se encuentra redactada esta situación jurídica de poder en el inciso a) del artículo 38. La misma se refiere a que el perjudicado puede solicitar la cesación de los efectos de ser posible, lo que propicia la idea errónea de que es una conducta que se está realizando en el tiempo, cuando en realidad la palabra cesación debe entenderse en el sentido de eliminación o reparación. Por ello debió haber expresado el legislador; que el perjudicado podía solicitar "la eliminación o reparación de los efectos", que no sería otra cosa que la eliminación o reparación del daño causado y su restitución a un estado anterior; como si no hubiera acaecido. Ello, visto así, constituye el sentir del legislador en esta sede, y el sentido con que debe ser interpretado el precepto en su sistémica.

Por otra parte este artículo recoge una tercera acción en su inciso b), encaminada a pedir la retractación del ofensor. Se trata de una modalidad de la restitución *in natura*, pues la misma persigue la restauración al estado anterior; pero relacionada con particulares violaciones a los derechos personalísimos. Es una acción que no tiene carácter general y regularmente se aplica a violaciones de los derechos personalísimos que tienen una connotación social, ya sea un colectivo reducido o a nivel de toda la sociedad. Normalmente cuando se afecta el honor, la intimidad, la imagen de una persona o la imagen de un cadáver y su memoria pretérita y esa violación trasciende, esta acción resulta ser la que más se acerca a la reparación de la lesión espiritual causada, a la restitución al estado anterior. De ahí que a la hora

7 CIFUENTES, S.: "Derechos Personalísimos", cit., p. 615. Es de este criterio cuando expresa: "(...) para el daño moral y todas las indemnizaciones en que se intenta confortar el espíritu y lo extrapatrimonial lesionado, no es dable dar equivalente, pues en los tiempos actuales resulta imposible evaluar por completo, de compensación plena dineraria, la magnitud de este tipo de lesión".

8 Lo que se hace más grave en sede de disposición sobre el cadáver, piénsese en el supuesto en que la persona dispuso en vida que su cuerpo fuera inhumado, puesto que esta es la tradición familiar y es acorde con sus creencias religiosas, y sin embargo la mayoría de los hijos a la hora de ejecutar su voluntad no estuvieron de acuerdo con lo dispuesto por el finado y lo cremaron. ¿Puede existir reparación *in natura*? ¿Queda desprotegido este derecho que se ejerció en vida? ¿Existe un daño a la memoria pretérita?

de configurarse legislativamente se asigne de forma particular a tutelar los derechos personalísimos<sup>9</sup>.

A pesar de su utilidad e importancia, el precepto en cuestión lleva a la cavilación, pues no hace referencia al carácter público de la retractación, lo que permite formular la siguiente incógnita: ¿el hecho de no hacerse referencia al carácter público de la retractación nos circunscribe solamente al marco privado, al ámbito interno del proceso? La respuesta debe ser negativa, a mi juicio se trata de un olvido del legislador; pues la interpretación de este artículo debe realizarse de conjunto con la interpretación de los artículos del Código Civil que implementan la responsabilidad jurídica de este tipo, específicamente el 83 inciso ch) y el 88, pues se debe partir de que toda lesión a los derechos personalísimos es una lesión de índole moral, y siendo la retractación pública del ofensor el contenido de la responsabilidad civil por violaciones de este tipo que establece la norma sustantiva, el sentido del inciso b) del artículo 38 debe ser el mismo.

Empero, este precepto debe interpretarse en el entendido de que procederá la retractación pública del ofensor en aquellos casos en que el daño haya trascendido a la sociedad, debiendo valorar el juez el caso concreto y decidir si accede o no a la petición del actor; pues con ello se podría estar ocasionando otro daño moral a través de la propia norma, y protegiendo el sentimiento de la venganza; lo que no es acorde con los valores que defiende el ordenamiento jurídico cubano. Por ello si se accediera a disponer la retractación pública del ofensor en un caso en que la lesión no trascendió a la sociedad, se estaría lesionando con ello la dignidad humana de la persona, valor que tiene rango constitucional en Cuba<sup>10</sup>.

Otra cuestión muy diferente sería que el perjudicado renunciara a la posibilidad de exigir la retractación pública del ofensor en un caso en el que fuera procedente, prefiriendo una retractación de orden privado. Esta solución debería ser acatada por el juez en virtud del principio dispositivo que impera en esta sede, así como atendiendo al principio de impulso procesal a instancia de parte que opera en la rama procesal. Y quizás con ese pedimento se esté logrando la reparación integral del daño causado. No se debe perder nunca de vista que nos encontramos en un campo en que el elemento subjetivo es sumamente importante y determinante de la conducta a seguir:

En relación con este inciso se debe hacer una última precisión con respecto a la utilización del término ofensor: ¿Estamos ante un término que hace referencia a aquella persona que ofendió a otra en su honor, o a aquella que transgredió su

9 Otra acción que se encuentra estrechamente relacionada con la anterior y que procura la reparación *in natura* es la solicitud de publicación y difusión de la sentencia que en su día se dicte. El Código Civil cubano lamentablemente no la recoge.

10 Así se aprecia en el Preámbulo de la Constitución y en su artículo 9 inciso a).



esfera moral o espiritual? Parece más acertada la segunda tesis, pues de lo contrario se estaría ciñendo la acción a la violación de un único derecho personalísimo, cuando en realidad la faceta espiritual o psíquica de éstos trasciende al honor y se aplica a otros como el derecho de disposición sobre el cadáver. Por consiguiente, se debe interpretar el vocablo en el sentido de agresor o sujeto productor del daño. Ello por supuesto se encuentra en consonancia con el espíritu del artículo 38, que consagra medios de protección de carácter general contra violaciones a los derechos personalísimos, amén del contenido moral de la lesión que a estos derechos se le infrinja.

En otro orden de cosas, el artículo 38 establece en su inciso c) la posibilidad de exigir la reparación de los daños y perjuicios causados, como vía subsidiaria a la reparación *in natura*. Como se ha expuesto antes, lo deseable es la restitución al estado anterior al daño, adpero, ello no siempre es posible, más aún en esta sede, de ahí que operen los mecanismos indemnizatorios como vía para subsanar el daño acaecido y los perjuicios causados. Esta es una situación de poder que debe analizarse en correspondencia con los artículos que establecen el sistema de responsabilidad jurídica civil derivada de actos ilícitos de esta naturaleza; pues en ellos se encuentra el contenido de la indemnización, así como su naturaleza (pecuniaria, moral o mixta).

El Código Civil establece un sistema general de responsabilidad jurídica civil por actos ilícitos, que abarca tanto aquellos que tienen naturaleza contractual como los de naturaleza extracontractual; estableciendo al respecto un contenido común. A ello arriba después de realizar una previa definición de lo que se va a entender por acto ilícito. Las violaciones de los derechos personalísimos son el resultado de la realización de ilícitos civiles, toda vez que causan daño a una persona. El hecho de que estemos hablando de bienes o derechos que no se encuentran en el patrimonio, no es óbice para afirmar que no nos encontramos ante una trasgresión de este tipo. La definición que brinda el artículo 81 va dirigida a cualquier lesión que afecte la esfera jurídica general de la persona, ya sea en su faceta patrimonial como en la extrapatrimonial<sup>11</sup>.

Pero, ¿hasta que punto es satisfactorio el contenido de la responsabilidad jurídica civil regulado en el Código en su aplicación ante violaciones de los derechos personalísimos y en específico ante lesiones al derecho de disposición sobre el cadáver? ¿En qué medida quedan satisfechas las lesiones ocasionadas a estas situaciones jurídicas dada su naturaleza no pecuniaria?

*Ab initio*, el contenido de la responsabilidad jurídica civil que establece el Código no resulta ser suficiente, ya que tiene un carácter eminentemente patrimonialista.

---

11 Este precepto dispone: "Los actos ilícitos son hechos que causan daño o perjuicio a otro". Como se puede observar, en ningún momento los circunscribe a una afectación de tipo patrimonial.

No reconoce la doctrina de la reparación pecuniaria del daño puramente moral y reduce la protección del derecho de disposición sobre el cadáver en tanto derecho personalísimo a la indemnización de los perjuicios causados en los supuestos en que existan consecuencias patrimoniales, así como a la retractación pública del ofensor cuando no exista repercusión patrimonial. Esto se puede colegir de la interpretación en conjunto del artículo 38 en relación con los artículos del 81 al 88 del Código Civil. El 38 reconoce la posibilidad de que acontezcan ambos tipos de daño, el moral puro y el moral con repercusiones patrimoniales, aunque su reparación se encuentra acotada por lo que establecen los artículos referidos al contenido de la responsabilidad jurídica civil.

El artículo 83 establece: "el resarcimiento de la responsabilidad jurídica civil comprende: a) La restitución del bien; b) la reparación del daño material; c) la indemnización del perjuicio; y ch) la reparación del daño moral". Sus tres primeros inciso tienen una naturaleza eminentemente patrimonial, mientras que el ch) es el único que se refiere a la reparación del daño moral.

De la lectura de los artículos 84 y 85 se aprecia fácilmente el contenido eminentemente patrimonialista, tanto del daño como de la reparación, y hace imposible tutelar el derecho de disposición sobre el cadáver por esa vía<sup>12</sup>. En cambio el artículo 86 pudiera ser utilizado para resarcir el daño a éste que haya ocasionado repercusiones patrimoniales. Aunque, dentro de límites estrechos y que no van dirigidos directamente a la reparación del derecho personalísimo vulnerado<sup>13</sup>.

El artículo 88 cierra por completo la posibilidad de resarcir el daño moral puro con una compensación pecuniaria, pues prescribe: "La reparación del daño moral comprende la satisfacción al ofendido mediante la retractación pública del ofensor". Lo cual no resulta ser suficiente, pues el daño al derecho de disposición sobre el cadáver tiene un marcado contenido espiritual<sup>14</sup>, difícil de reparar in natura, y

12 El 84 prescribe: "La restitución debe hacerse del mismo bien, con abono del deterioro o menoscabo, siempre que sea posible y no haya sido adquirido de buena fe por tercero en establecimiento comercial o subasta pública". Por su parte el 85 dispone que: "la reparación del daño material comprende el abono del valor del bien cuya restitución no es posible, o del menoscabo sufrido por éste".

13 Su contenido es el siguiente: "La indemnización de los perjuicios comprende: a) En caso de muerte y en el supuesto de encontrarse la víctima sujeta al pago de una obligación de dar alimentos, una prestación en dinero calculada en función de las necesidades del alimentista durante el tiempo de vigencia de dicha obligación, después de descontar las prestaciones que debe satisfacer la seguridad social; b) en caso de daño a la integridad corporal y en el supuesto de que el lesionado pierda total o parcialmente su capacidad para el trabajo remunerado, o si sus necesidades aumentan o sus perspectivas en el futuro disminuyen, una prestación en dinero que compense la pérdida o la disminución de sus ingresos salariales, después de descontar, también, las prestaciones que debe satisfacer la seguridad social; c) los gastos de curación; ch) el importe del salario correspondiente a los días dejados de trabajar por la víctima del acto ilícito; d) otros ingresos o beneficios dejados de percibir; e) cualquier otro desembolso hecho por la víctima, sus familiares u otra persona, a causa del acto ilícito; y f) en el caso de daños al medio ambiente, los gastos necesarios para su rehabilitación total".

14 PÉREZ GALLARDO, L. B. *Código Civil de la República de Cuba, Ley No.59/1987 de 16 de julio. Anotado y Concordado*, Ciencias Sociales, La Habana, 2011, p.108. Sobre la naturaleza de la lesión por daño moral cita la Sentencia número 697 de 9 de noviembre del 2002 del Tribunal Supremo Popular en su primer considerando: "(...) se debe partir del concepto de lo que constituye el daño moral, que no es otra cosa que la lesión de los bienes o derechos que pertenecen al ámbito personal del sujeto de derecho, y que repercute de alguna manera en

de reconocerse una compensación económica pudiera contribuir a la aminoración del sufrimiento de los familiares, no como resarcimiento pecuniario, sino como desagravio económico. A esto le podemos agregar la inaplicabilidad de la retractación pública del ofensor a todas las lesiones que puedan acontecer sobre este derecho; lo que tributa a su deficiente protección.

Así las cosas, se puede arribar a la conclusión de que lo dispuesto en el inciso c) del artículo 38 del Código Civil tiene muy poca virtualidad práctica, ya que a pesar de tener carácter subsidiario, no cumple su objetivo salvo en lo que respecta a la indemnización del perjuicio en los supuestos que exista daño moral con repercusión patrimonial; puesto que la reparación de los daños se ve limitado a la retractación pública del ofensor; lo que hace a este precepto inoperante en esta sede si tenemos en cuenta que el inciso b) del artículo 38 ya lo prevé; por lo que su utilidad queda reducida a la aplicación directa del artículo 86 en sede de responsabilidad jurídica civil.

### 3. El no reconocimiento de la reparación pecuniaria del daño moral puro y su incidencia en la desprotección del derecho de disposición sobre el cadáver.

La doctrina del daño moral se ha ido abriendo paso entre las diferentes legislaciones, así como entre los diferentes tratadistas<sup>15</sup>. Cada vez va siendo menos discutida la imposibilidad de reparar el daño puramente moral como obstáculo a la existencia de una compensación de tipo pecuniario. Se defiende la idea de que exista una satisfacción monetaria, distinta a la indemnización y que valga de alivio a la víctima atendiendo a la afectación de su salud psíquica, de sus sentimientos, de su estima social. No es cuestión de mercantilizar los bienes o derechos no patrimoniales, sino una exigencia para su tutela efectiva. El hecho del inconveniente de valuar económicamente las lesiones a estos derechos, así como la dificultad que su reparación encierra, pasan a convertirse en fundamento de la admisión de la doctrina del daño moral y de su plasmación legislativa.

---

sus intereses de índole afectiva y emocional, así como que para que este daño sea estimado con relevancia jurídica, debe producir un perjuicio, una pérdida o menoscabo y también debe incidir sobre un bien jurídico de la persona y ser susceptible de resarcimiento en concepto de responsabilidad civil (...)"

- 15 El Código Civil argentino, es partidario de la indemnización del daño moral, sobre el particular prescribe en su artículo 1741: "Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible. La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste. El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas". CIFUENTES, S.: "Derechos Personalísimos", cit., pp. 622-623. Como exponente de la doctrina argentina previa al vigente Código, también apoyaba esta posibilidad y decía al respecto: "Aun cuando los bienes heridos en sí sean inestimables, y ninguna suma de dinero adecuada para justipreciarlos, de ello no se sigue que la víctima de un agravio a su persona ha de ser privada de toda satisfacción: mejor alguna cosa que nada. Cuanto menos una para mitigar el dolor". Y añade después: "El llamado "precio del dolor" es un medio inevitable, necesario y absolutamente equitativo". El anterior Código Civil también reconocía la posibilidad de indemnizar el daño moral.

Ante los tiempos que corren el ordenamiento jurídico debe buscar mecanismos que tutelen de forma efectiva los derechos no patrimoniales, que los protejan de agresiones que atenten contra la dignidad humana, otorgándole mayor o igual importancia que a los derechos patrimoniales. Reforzando con ello el respeto a la esfera espiritual de la persona. La reparación pecuniaria del daño moral, si bien no cuenta con una fórmula mágica, podría ser de gran ayuda en su tutela efectiva. Ello por supuesto debe estar apoyado en la existencia de una cultura jurídica sobre el tema, entre los ciudadanos y entre los profesionales del Derecho.

Como se analizó *supra*, la norma civil cubana no permite esta posibilidad de actuación<sup>16</sup>. Por lo que corresponde formularse las siguientes interrogantes: ¿Por qué no lo admite? ¿Es que ello atenta contra los fundamentos del sistema sociopolítico cubano? ¿Es que resulta imposible su ponderación? Como respuesta a estas interrogantes se puede intentar argüir, que su no regulación se debe a que el legislador del Código de los cubanos no lo tuvo presente, pues no era una materia sobre la que se polemizara en Cuba por aquel entonces, al menos no con la fuerza con que se hace hoy, existiendo una escasa o nula literatura al respecto. A ello se le puede agregar la novedad que representaban los derechos personalísimos y más aún el derecho de disposición sobre el cadáver, así como la dificultad que encierra su reparación pecuniaria y que el legislador revolucionario hubiera preferido resaltar la naturaleza moral y espiritual de estos, acorde con los valores imperantes en aquel entonces.

No se puede sostener hoy exista contradicción entre la posibilidad de compensar pecuniariamente a la víctima o familiares y los fundamentos de nuestro sistema sociopolítico; ya que como quedó expuesto, el objetivo que se persigue no es monetarizar estos derechos, ni establecer una tasa de cambio, sino que por el contrario lo que se pretende con ello es su tutela efectiva. El sistema sociopolítico cubano, defensor de la dignidad humana desde el texto constitucional y amparado en los principios del marxismo-leninismo admite perfectamente la tutela de los derechos no patrimoniales y del derecho de disposición sobre el cadáver a través de la compensación pecuniaria al dolor sufrido, al menos en el orden de las ideas y desde una posición de *lege ferenda* con vistas a futuras modificaciones del Código Civil.

A mi juicio ésta es una de las principales causas que inciden en la baja o nula radicación de asuntos de esta naturaleza en los Tribunales Populares cubanos. El ordenamiento jurídico tutela intereses legítimos de la persona humana, intereses

16 PÉREZ GALLARDO, L. B. "Código Civil", cit., p.108. Al respecto trae a colación el Considerando 34° in fine de la Sentencia N° 110 de 2 de noviembre de 1999, dictada por el Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana, Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo: "(...) en lo que se refiere a la indemnización del daño moral, el Código Civil vigente, tal y como tantas veces se ha mencionado, lo ciñe exclusivamente a condenar al demandado a ofrecer una satisfacción a los ofendidos mediante su retractación pública (...)".

que lo llevan a estimar necesario el ejercicio de sus derechos y su defensa. Empero, si ese interés falta para la persona, la situación jurídica de poder que ampara la norma pierde virtualidad. A modo de argumentación de esta idea se debe realizar el siguiente análisis: ¿qué interés persigue una persona en la defensa de un derecho de carácter patrimonial? Pues, que le sea restituido a un estado anterior a la violación, como si ésta no hubiera ocurrido. Para ello en virtud del principio de reparación integral, la persona insta la restitución *in natura* en primer lugar, y de no ser posible ésta, la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, pudiendo en atención al sistema de responsabilidad civil establecido en el Código alcanzar una satisfacción plena<sup>17</sup>.

Sin embargo, cuando la violación recae sobre el derecho de disposición sobre el cadáver, el interés se debilita, pues si bien la persona (dígase familiar o el encargado de ejecutar la última voluntad del finado) también quiere la restitución *in natura* en primer lugar, la misma no siempre es posible dada las particularidades del fenómeno muerte: lo irreversible de los procesos naturales de descomposición del cuerpo humano muerto y sus partes, las dificultades de conservación, la urgencia de determinados procedimientos médico-quirúrgicos (necesidad de un lapso breve de tiempo para que sea viable la donación de órganos y tejidos), el ejercicio de algunos actos de disposición sobre el cadáver que resultan incompatibles entre sí (inhumación-cremación) entre otras situaciones. Ello daría paso a solicitar la indemnización de daños y perjuicios; debiendo tener en cuenta que la reparación de los daños se hace difícil atendiendo a la naturaleza de la lesión y el contenido que nuestro Código establece para ello y en lo que respecta a la indemnización de los perjuicios se ve limitada a la retractación pública del ofensor; lo cual no es suficiente ni aplicable a todos los supuestos. En consecuencia, el interés en la tutela deja de ser tal, para convertirse en una situación normal de impunidad para los comisores del acto ilícito. Ello deja truncada la última voluntad del finado, daña su memoria pretérita y crea un estado de indefensión.

El dolor que se desencadena con el evento muerte y la única posibilidad indemnizatoria de obtener una disculpa por parte del agresor; trae consigo que sea más tortuoso y doloroso para los familiares la contienda judicial con sus diferentes instancias (como veremos en su momento), en contraposición al hecho de asumir

17 Muy acertadamente CHAVES DE FARIAS C. - ROSENVALD N.: "Curso", cit., pp. 212-213, reflexionan sobre la necesidad de contar con diferentes medios para desestimular la realización de daños a los derechos de la personalidad, pues si sólo estamos enfocados en la reparación pecuniaria del daño, se pierde de vista que ante determinados supuestos dañosos no es suficiente, sino que incluso es preferible la restitución *in natura*, ya que es la que permite realmente regresar a un estado anterior al daño, no obstante comprende la complejidad del fenómeno en materia de tutela de los derechos inherentes a la personalidad. Al mismo tiempo defiende los mecanismos preventivos y resarcitorios y abogan por la tutela específica como un plus en la protección. Suscribo plenamente estos criterios, que además nos permiten valorar la riqueza de las distintas culturas y ordenamientos jurídicos. En Cuba se clama porque se indemnice el daño puramente moral, mientras que en Brasil, que ya lo lograron, advierten que todo no debe ser patrimonializado, sino que debe existir un balance entre los diferentes medios de tutela y que atienda a la lesión específica y cómo resulta mejor repararla.

una actitud pasiva y de resignación, desistiendo de emprender una litis, a pesar de existir un evento dañoso y permitiendo la impudicia del comisor del acto ilícito. Esta postura que asume el legislador refuerza injustamente las situaciones de carácter patrimonial en detrimento de las no patrimoniales; cuando en realidad estas últimas son las que más propenden al desarrollo de la dignidad humana, de la personalidad y espiritualidad del individuo.

#### **4. El artículo 111 del Código Civil cubano y su incidencia en la protección del derecho de disposición sobre el cadáver.**

El Código Civil cubano sigue una postura mixta a la hora de abordar las acciones que pueden utilizarse en la protección de los derechos personalísimos. Técnica que consiste en asignarle un conjunto de ellas en específico para la tutela de estos derechos; y por otra parte establecer una nómina general que sirva para el resguardo de cualquier derecho subjetivo de carácter civil. El precepto en cuestión es del tenor siguiente: “La protección de los derechos civiles comprende, fundamentalmente (...)” y pasa a enumerar una serie de medios de defensa. Éste tiene un alcance general y va encaminado a la tutela de todos los derechos subjetivos de carácter civil; y al ser el derecho de disposición sobre el cadáver una especie de éstos, es perfectamente aplicable.

Ergo, habría que meditar sobre la relación que guarda este precepto con el artículo 38 de dicho cuerpo legal; y la posibilidad de incluir en él nuevas acciones que estén en el artículo 111 y que puedan ser utilizadas para completar el cuadro proteccional que ofrece el 38. Con respecto a la primera cuestión, es dable apuntar, que el artículo 38 tiene carácter preferente, en virtud del principio de especialidad, siendo necesario acudir primeramente a su sustancia antes de pasar la mirada al artículo 111. Este último tendría entonces un cariz supletorio, utilizándose como complemento a lo dispuesto en el 38, ante sus deficiencias y ante la falta de previsión. Ello lleva entonces a abordar la segunda problemática, es decir, ¿en qué medida complementa el artículo 111 al 38? En líneas generales se puede decir que ambos prescriben cuestiones bastante similares en lo que atiende a la protección de estos derechos, salvo en lo que respecta al inciso a) del 111, que incluye una figura nueva, al igual que en todo lo que se refiere a una mejor técnica jurídica en su redacción.

El inciso a) del artículo 111 prescribe como medio de protección la posibilidad de exigir el reconocimiento del derecho. Este constituye un medio de defensa útil a cualquier derecho, y más al derecho de disposición sobre el cadáver; pues puede emplearse en el ámbito preventivo, cuando aún no se ha materializado la violación. Es lo que se conoce por la doctrina como acción declarativa, y que persigue que se declare la existencia de determinada situación jurídica, buscando con ello la certidumbre jurídica. Ello permitiría darle solución a cualquier inseguridad que girara en torno a éste y máxime cuando se está ante una situación jurídica de poder cuya

ordenación tiene mayor desarrollo en el campo doctrinal que en el positivo, estando caracterizada su regulación por la dispersión normativa y su tratamiento asistémico. Al no hacer el artículo 38 previsión al respecto, pudiera manejarse el III siempre que sea afín a la situación que se pretende proteger.

Las otras posibilidades de actuación que regula este precepto y que pueden ser aplicadas al derecho de disposición sobre el cadáver son las establecidas en los incisos b) y d). Ambas coinciden con las previstas en los incisos a) y c) del artículo 38. Aunque, es menester señalar que con mejor técnica jurídica, en especial su inciso b), cuyo tenor es el siguiente: “el restablecimiento de la situación existente antes de la vulneración del derecho y el cese inmediato de los actos que lo perturben”. Se trata de las mismas acciones que se regulan en el artículo 38, pero con mucha más claridad, pudiendo ser empleado el III para realizar una mejor intelección del precepto principal, dado su carácter supletorio.

## **5. Las acciones preventivas y el derecho de disposición sobre el cadáver.**

Con respecto a este punto es obligado hacer algunas acotaciones. En primer término siempre es preferible hacerle frente a los fenómenos antes de que se materialicen, y más aún cuando ello puede acarrear consigo un posible daño. Ello por supuesto, sin perjuicio de la obligación de indemnizar, si se demuestra que no existía tal peligro, y que no obraba razón al actor. Lo que se potencia mucho más en esta sede, en que se dificulta en grado sumo la reparación integral del derecho lesionado.

Estas posibilidades de actuación van a estar encaminadas a prever que el daño no se materialice, al mismo tiempo que a impedir la reiteración futura de una conducta que ya se materializó en un daño; o su agravación. La primera busca frenar un acto potencialmente lesivo, actual e inminente, digno de la tutela jurídica. Y la segunda se dirige a prohibir la realización de conductas similares en un futuro, tomando medidas al respecto, o a evitar el empeoramiento de una situación dañosa.

El Código Civil cubano no reconoce de forma expresa acciones de esta naturaleza, que puedan ser utilizadas en la protección del derecho de disposición sobre el cadáver; salvo la acción declarativa que se encuentra regulada en el inciso a) del artículo III. Con ella se puede instar el reconocimiento de un derecho controvertido, en derredor del cual existe cierta ambigüedad jurídica, y de la que se pudiera derivar un posible daño. Pero ello sólo sería eficaz ante este tipo de supuestos, y no ofrece respuesta la norma ante otras situaciones de conflicto que no se hayan materializado en un daño real.

La regulación que ofrece el Código Civil es deficiente en este sentido, inclinándose por una postura objetiva, caracterizada por la manifestación real del daño. Obviando medios de defensa sumamente útiles a la protección de este derecho en aquello que

le sea pertinente<sup>18</sup>. Ésto se aprecia claramente en el espíritu de los artículos 38 inciso a), 111 inciso b) y el 82 del Código Civil. También se encuentra en estrecha relación con las medidas cautelares y con las autosatisfactivas, las que en cierta medida conforman el camino que lleva a vías de hecho las acciones de prevención.

### III. LA PROTECCIÓN PROCESAL CIVIL DEL DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER.

El ordenamiento procesal es el responsable de crear los mecanismos a través de los cuáles se va a materializar en la esfera judicial la protección que brinda la norma sustantiva, y en la medida en que el derecho procesal sea garantista, creativo y ofrezca múltiples variantes, se podrá instrumentar mejor la protección del derecho de disposición sobre el cadáver.

En sede procesal se pueden analizar tres cuestiones que inciden en la protección de éste: 1) ¿qué procesos establece la norma adjetiva que permiten la tutela del mismo?, 2) ¿a quién se le atribuye el conocimiento de estos asuntos?; y 3) ¿cuál es el tratamiento cautelar que se les brinda?

Al repasar el articulado de la Ley 7 de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico de 1977, vigente a la sazón, salta a la vista la ausencia de pronunciamientos con respecto a los derechos personalísimos o más específicamente al que es objeto de estudio en estas líneas, tanto por la falta de un procedimiento especial que los tutele, como por la inexistencia de mención expresa dentro de las materias asignadas a los dos grupos de procesos que recoge la Ley ritual, el sumario y el ordinario. La técnica empleada por las legislaciones foráneas ha sido la de atribuir de forma expresa la protección de estos derechos a algunos de los procesos modelos o dejar al arbitrio del juez la posibilidad de tutelarlos según la rapidez que requiera la cuestión por alguna de las vías establecidas. No es común encontrarse con un proceso destinado exclusivamente a la protección de los derechos personalísimos o del derecho de disposición sobre el cadáver<sup>19</sup>.

18 CIFUENTES, S.: "Derechos Personalísimos", cit., pp. 648-653. Defiende las acciones de carácter preventivo y al respecto señala tres de ellas, que a su juicio ofrecen una protección muy eficaz a los derechos personalísimos. Ellas son la *azione* inhibitoria, la *azione* de remozione y la legítima defensa.

19 La Ley de Enjuiciamiento Civil española vigente a la sazón hace alusión expresa a los derechos personalísimos, y atribuye su conocimiento al juicio ordinario, así lo prescribe en el artículo 249. Por su parte el Código Procesal Civil que estuvo vigente en Colombia implementa a través del proceso ordinario la protección de los derechos no patrimoniales, así se establecía en su artículo 397. Por otra parte el Código Procesal de Argentina provee la posibilidad al Juez de escoger el tipo más adecuado de proceso para la protección de los derechos no valuables económicamente; siempre que no correspondiere juicio especial o proceso sumarísimo. Así lo establece en su artículo 319. La línea seguida por este último Código Procesal constituye una solución de vanguardia, que permite brindar una mejor tutela a los derechos personalísimos dentro de los cuales el derecho de disposición sobre el cadáver es una especie; y que de forma general simplifica la norma procesal.



## I. El derecho de disposición sobre el cadáver y la competencia por razón de la materia o la cuantía.

La Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico establece un proceso modelo de carácter ordinario, con una *cognitio* judicial amplia y por otra parte regula un proceso sumario, con una *cognitio* judicial reducida, dado sus trámites más abreviados, atendiendo a la naturaleza de los asuntos que en el se ventilan, al cual le sirve de supletorio el proceso ordinario. También establece un repertorio de procedimientos especiales, así como los de jurisdicción voluntaria. Estos dos últimos salen fuera del análisis, pues los procedimientos especiales son *numerus clausus*, no refiriéndose ninguno de ellos a la protección de este derecho; y el de jurisdicción voluntaria al referirse a cuestiones no litigiosas se aparta del análisis.

En el ámbito de protección del derecho de disposición sobre el cadáver, parece más acertada la idea de que la tutela que a éste se le brinde debe ser encauzada con celeridad, y se trate de obtener una respuesta rápida ante la violación ocurrida, pues generalmente las lesiones revisten un carácter especial, a tenor de la naturaleza del bien, del derecho lesionado y el dolor que encierra su ejercicio para los familiares. Por tal motivo se debe comenzar el análisis por el proceso sumario.

Éste se encuentre regulado en la Ley procesal desde el artículo 357 hasta el 367, con trámites relativamente breves. En el artículo 358 se regulan las materias que van a poder ser conocidas a través de él. El precepto presenta 5 apartados, con un criterio *numerus clausus*, es decir que sólo podrán ser conocidos por este trámite las materias expresamente previstas. De los cinco apartados, parece ser el primero el único que brinda cierta posibilidad de defensa a este derecho, aunque no de forma expresa. En él se dispone la posibilidad de conocer las demandas de contenido económico que no superen los diez mil pesos cubanos. Luego, para que pueda ser tutelado este derecho en este tipo de proceso se deben cumplir dos requisitos: en primer lugar que la demanda fuera de contenido económico, y en segundo lugar que se trate de una lesión que acarree repercusiones patrimoniales.

El término demanda de contenido económico no parece el más acorde para referirse a un escrito polémico que verse sobre la protección del derecho de disposición sobre el cadáver; pues se está ante un derecho y un bien no conmensurables económicamente, por lo que el resguardo que pudiera ofrecer este apartado desnaturaliza la esencia de éste, al poner el énfasis en el contenido monetario. Si bien el daño moral con repercusiones patrimoniales tiene algo de carácter económico, ello no debe opacar la naturaleza específica de este derecho ni debe ser lo determinante, empero, es dable destacar que a través de esta vía se pudiera tutelar esta situación jurídica de poder de una forma más rápida.

Entonces, sólo cabría al amparo del artículo 5 apartado 1 de la Ley ritual, la posibilidad de presentar demandas por lesiones a este derecho cuando tuvieren consecuencias patrimoniales, bajo el expediente de la responsabilidad jurídica civil; pero teniendo el proceso como pretensión principal la indemnización de los daños y perjuicios causados. Ésto, atenta contra una protección garantista del mismo, ya que el contenido de la indemnización que prevé el artículo 86 del Código Civil es bastante limitado como ya fue ilustrado.

Por último, es consecuente preguntarnos si cabría la posibilidad de reparar el daño moral en el mismo proceso o sería necesario instar uno nuevo. Como se ha dejado expuesto en este escrito, toda lesión a este derecho comporta un daño de índole moral, tenga o no consecuencias patrimoniales. Ergo, al tener un marcado carácter económico la vía que dispone el apartado en análisis, se pudiera pensar que solo se puede exigir la indemnización de los perjuicios, no así la reparación del daño moral que previene el artículo 88 del Código Civil. No parece sustentarse por si sola la idea de que la cuestión se deba ventilar en otro proceso, pues ello atentaría contra los más elementales principios de justicia y contra la economía procesal, máxime cuando el apartado no prescribe que la demanda deba ser de sustancia puramente económica, sino que tenga contenido de esta naturaleza.

En otro orden de cosas, y una vez analizada la competencia por razón de la materia y la cuantía en el proceso sumario, corresponde determinar que tutela brinda el proceso ordinario a este derecho. Éste se encuentra regulado en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico desde el artículo 223 hasta el 356. Y está caracterizado por presentar una *cognitio* judicial amplia, con una serie de trámites que permiten llegar al fondo del asunto a través de un amplio uso del material probatorio que se establece en la Ley.

El artículo 223 fija los asuntos que por razón de la materia deben ser ventilados en él. Este precepto se compone de tres apartados, pero de ellos sólo dos son útiles en aras de la protección del derecho objeto de análisis. El apartado 1) permite el concoimiento de las demandas de contenido económico que excedan de diez mil pesos o sea indeterminables lo reclamado o el valor de los bienes. Con respecto a lo que dispone son de aplicación las valoraciones que hicimos al referirnos a similar precepto contenido en el proceso sumario, pues su regulación sólo varía en lo concerniente a la cuantía. A contrario *sensu*, si amerita analizar detenidamente el apartado 3. En él se establece que podrán acceder al proceso ordinario todas las demandas que no tengan asignado otro procedimiento en la Ley.

Esta es una norma residual, que no es exclusiva del ordenamiento cubano, sino que se hace común en muchos de los ordenamientos procesales extranjeros<sup>20</sup>, como mecanismo para evitar el casuismo, o la proliferación de procesos especiales en la norma según casos presentados o derechos existan, además de ser una forma abstracta de dar respuesta a la riqueza de la vida jurídica de cualquier sociedad.

Este precepto general, permite tramitar cualquier asunto que atente contra el derecho de disposición sobre el cadáver; ya que éste, como especie de los derechos personalísimos, carece de tramitación especial en la norma. Es el único que da entrada plena, sin discusión, a las demandas que versen sobre bienes y derechos de naturaleza no pecuniaria. A través de este proceso se puede encausar el arsenal de acciones en sentido concreto que propone la ley sustantiva como medios de tutela a los derechos no patrimoniales.

Además de que al ser un proceso de *cognitio* judicial amplia, las partes pueden instrumentar diferentes posibilidades de defensa, y el fallo puede encontrarse más cerca de la verdad material y de la justicia. Adempero, como hemos subrayado anteriormente, es preferible contar con una respuesta ágil a las lesiones a esta particular situación jurídica de poder, so pena de que la sentencia que en su día se dicte sea ineficaz. Al tiempo que se aprecian las ventajas de este proceso, también salen a la luz sus principales inconvenientes.

## 2. La excesiva duración del proceso ordinario y su repercusión en la tutela efectiva del derecho de disposición sobre el cadáver.

Existe una cuestión que no hace idóneo este proceso para tutelar este derecho; la que resalta como principal debilidad y como causa que debilita su protección efectiva. Ello se refiere a su excesiva duración y la imposibilidad de determinar otro proceso acorde con la gravedad de la situación que se presente y la necesidad de otorgarle una respuesta rápida, y conlleva a que la norma procesal sea demasiado rígida en ese particular. Se debe tener en cuenta que la lesión a éste afecta a un bien inestimable económicamente, que tiene un sustrato moral, espiritual, que atiende a los sentimientos de dolor, de pena, donde la psiquis de los familiares está debilitada y que acontece en un momento en que su titular ha fallecido. El transcurso del tiempo puede agravar y traer consigo consecuencias mucho peores que los beneficios pretendidos con el proceso ordinario, imposibilitado de brindar una respuesta rauda, pertinente, y eficaz materialmente en muchos supuestos.

El proceso ordinario goza de una *cognitio* amplia, relacionada con los diferentes trámites que prevé, así como con respecto a su duración. Permanencia que en

20 Pueden confrontarse al respecto el Código Procesal de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 338 el el Código Procesal de la República de Colombia en su artículo 396.

condiciones normales sería de tres meses aproximadamente, teniendo en cuenta los términos de contestación, réplica, dúplica, reconvencción, presentación y práctica de pruebas, vista y concluso para sentencia, por solo citar los más importantes. Esto por supuesto con independencia de que los recursos interrumpen la ejecución, salvo que se pueda causar un perjuicio irreparable al beneficiado con la sentencia y este otorgue fianza<sup>21</sup>.

En torno al ejercicio del derecho de disposición sobre el cadáver se pueden suscitar diversos conflictos. Ante la muerte de la persona natural y habiendo manifestado su voluntad en vida con respecto a la suerte de su cadáver o sus partes, corresponde al cónyuge o los familiares, según la proximidad de los afectos, ejecutar esa voluntad y protegerla. Pero en el cumplimiento ello pueden suscitarse discrepancias de mejores derechos; y si la norma no es clara, como en el caso cubano, la posibilidad de solución extrajudicial se hace más difícil. Igual conflicto se puede originar ante la ausencia de manifestación de voluntad en vida del finado.

Al ser el proceso ordinario el único que permite la protección de este derecho, las partes se verían obligados a transitar por toda su tramitación para obtener un pronunciamiento que dirima la litis. En lo que atiende al derecho de disposición sobre el cadáver no parece ser viable, toda vez que el proceso sería inútil, ante disputas de preferencia por determinar el lugar del entierro, la realización o no de exequias, la cremación o la inhumación, la dación de órganos y tejidos para salvar vidas humanas, la práctica o no de autopsia, entre otras posibles situaciones.

Aquí el factor tiempo es implacable, pues se necesitaría de instituciones que brindaran el servicio de conservación con capacidad suficiente para hacer frente a la demanda de la ciudadanía en lo que se sustancia el proceso. En Cuba las funerarias que ofertan este servicio no son muchas, no tienen cabida de conservación para hacer frente a la demanda que se pudiera presentar y por otro lado, le resultaría en extremo oneroso a la persona pagar por ese servicio durante el tiempo que dure el proceso, dado las altas tarifas que están establecidas. Y obligaría a la familia a manifestarse en sentido contrario al deseado, con la correspondiente vulneración del derecho que se quería ejercitar y del daño que puede encerrar a la memoria pretérita del difunto y a la esfera moral de la propia familia. Ello demuestra la insuficiente protección que en el ámbito procesal se le ofrece a éste derecho, tanto en su faceta de derecho inherente a la personalidad, como en cuanto derecho familiar y queda sin solución satisfactoria un conflicto.

En el caso de la dación de órganos y tejidos para salvar vidas humanas, que sería el supuesto más extremo, se divisa un impedimento tanto desde el punto de vista médico como jurídico. Desde el punto de vista médico por el elemento tiempo y

---

21 Así lo establece el artículo 606 de la Ley ritual.

lo perentorio de tal proceder y desde el punto de vista jurídico porque la sentencia sería ineficaz, puesto que el obstáculo médico es insoslayable, y además porque quedaría frustrada la última voluntad del finado en cuanto a éste extremo o la noble voluntad de los parientes con derecho a ello de pronunciarse en este sentido y contribuir a salvar, prolongar o mejorar vidas humanas.

Otro elemento que conspira contra la eficacia de la norma procesal en esta sede es su rigidez, pues no otorga la posibilidad al juez de arbitrar y valorar la urgencia de los casos, y que pueda determinar tramitarlos por uno u otro proceso, según sea la premura ante el daño causado o la controversia. Esto es algo que la doctrina procesal moderna ha venido señalando con insistencia en los últimos años y como una deficiencia de los viejos códigos procesales. La técnica consiste en establecer diferentes procesos modelos, con diferente amplitud de la *cognitio* y autorizar al juez a discernir cual utilizar ante la urgencia del caso que se presenta a su conocimiento.

Ésta constituye una solución de avanzada, que pudiera coadyuvar, e implementarse en nuestra legislación, a una tutela más efectiva de este derecho. Con las miras puestas en que la sentencia que en su día se dicte no sea ineficaz, ni provoque un perjuicio mayor que el beneficio que debe propiciar. Con ello también se procuraría una mayor adaptabilidad de la norma a los cambios y diversidad de matices que existen en nuestra sociedad, al mismo tiempo que evita la multiplicidad de procesos especiales, y descargona y mantiene la abstracción del cuerpo legal.

Por otra parte, es cierto también que los procesos rápidos, atendiendo a su posibilidad de conocimiento más reducido, pueden atentar contra la verdad material y contra un fallo justo, y ocasionar con ello un daño, es un riesgo que se debe correr en pos de una tutela más dinámica y eficaz del derecho de disposición sobre el cadáver, y por consiguiente de la dignidad humana, que le sirve de soporte.

### **3. Las medidas cautelares como mecanismo útil para la protección del derecho de disposición sobre el cadáver ante la excesiva duración del proceso ordinario.**

Todo lo referente a la utilización de medidas cautelares en los diferentes procesos, como mecanismo que garantice la ejecución de la sentencia que en su día se dicte, goza de gran aceptación por la doctrina y es regulado en los diferentes cuerpos procesales civiles foráneos<sup>22</sup>. Ante la existencia de procesos largos y ante el peligro de la ineficacia de la sentencia, se instrumentan medidas, que con anterioridad o posterioridad al proceso y cumpliendo con ciertos y determinados requisitos; tienden a asegurar el objeto de éste y el fallo que en su día se dicte.

22 Sirvan de ejemplo el Código Procesal Civil de Uruguay artículos 311, 312, 316 y 317. También el Código Procesal Civil de Argentina en sus artículos 195, 204 y 232. Es dable señalar que ambos cuerpos legales emplean un criterio flexible en esta sede.

Como puede apreciarse, aquí se mezclan varias cuestiones de índole procesal: la existencia de un proceso largo como el ordinario que tutela el derecho de disposición sobre el cadáver; la necesidad de respuesta rápida ante violaciones a este derecho, la pertinencia de adoptar medidas cautelares como mecanismo de solución rápida ante la demora; así como la posibilidad de que la Ley Procesal instrumente esas medidas. Ahora bien, cual es la percepción del fenómeno desde la óptica del derecho positivo cubano.

En el artículo 216 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, se regula lo referente a los actos preparatorios del proceso de conocimiento. Con respecto a ello se debe acotar que no constituyen medidas cautelares, sino diligencias de prueba en aras de que la decisión que en su momento se tome sea eficaz<sup>23</sup>. Ellas se solicitan antes de iniciado el proceso, si bien pudieran ser empleadas en la protección del derecho de disposición sobre el cadáver; sería en cuanto al hecho de asegurar la prueba, pero no como medida cautelar.

Con la promulgación del Decreto-Ley 241 de fecha 27 de septiembre de 2006, que modificó la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, al incorporar el Procedimiento Económico, se acompañó un catálogo de medidas cautelares basto y flexible, que permitía antes o durante la sustanciación del proceso la adopción de alguna de ellas. Sin embargo, si bien resultó muy positivo ello, era criticable su inclusión en la parte económica, sin posibilidades de irradiar a otras áreas del texto legal. Al no existir un precepto que lo dispusiera, se cercenaba la posibilidad de que el proceso civil se beneficiara de ellas. Hubiera sido más beneficioso para los diferentes tipos de procesos, colocar ese catálogo de medidas cautelares con carácter general, como sucede en muchas legislaciones. Y en lo que concierne al proceso civil le habría permitido dar respuesta a muchos problemas prácticos, como el de la protección de los derechos personalísimos y del derecho de disposición sobre el cadáver.

La práctica judicial demostró lo acertado y beneficioso que resultaba para los justiciables la aplicación de estas medidas cautelares en sede económica y posteriormente en sede familiar; cobrando fuerza la idea de los beneficios que podría acarrear su implementación en sede civil. Esta necesidad trajo como consecuencia que se aprobara por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular la Instrucción número 191 de fecha 14 de abril del 2009 y posteriormente la Instrucción 217 de fecha 17 de julio del 2012, las cuales hacían extensiva las regulaciones contenidas en la Cuarta Parte, Capítulo X, artículos 799 al 810, de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, en lo referido al embargo de bienes y otras medidas cautelares, al ámbito del proceso civil en aquello que fuera pertinente y con vistas a asegurar el fallo que en su día se decretara.

23 Este en su apartado 5 prescribe: "antes de iniciarse el proceso el promovente podrá solicitar cualquier otra diligencia de prueba sin cuya práctica urgente pudiera originarse un perjuicio cierto al que la interese".

Lo anterior, sin lugar a dudas tributa a una tutela más efectiva ante lesiones a la situación jurídica de poder que sobre el cadáver ostentan determinadas personas. Es apropiado señalar que hay determinadas medidas de esta naturaleza, que al ser de aplicación al proceso civil son muy ventajosas para la defensa de este derecho. *Verbi gratia*, el artículo 803 en su inciso f) prevé la posibilidad de pedir la suspensión o la abstención de actividad o conducta determinada; lo que pudiera facilitar el ejercicio de acciones preventivas como la de *remozione* y la inhibitoria<sup>24</sup>; que a pesar de que nuestra norma no las recoge en el campo sustantivo, al estar previstas medidas cautelares de este tipo, se pudieran instar desde la propia norma procesal. Por el contrario, si sería de aplicación la acción prevista en el artículo 38 inciso a) del Código Civil, lográndose una verdadera implementación práctica de ella, y no tener que aguardar al final del proceso para detener una acción dañosa que se reitera en el tiempo, durante todo el transcurso del mismo.

Del mismo modo, la medida regulada en el inciso b) del artículo 803, que posibilita el secuestro de los bienes en litigio, y podría ser utilizada en litis que versen sobre atentados a la imagen del cadáver y daños a la memoria pretérita, cuando existan publicaciones denigrantes, cuya distribución esté causando un menoscabo o sencillamente para impedir que puedan desaparecer las mismas con referencia al momento en que se dicte la sentencia disponiendo su destrucción.

Por último, se encuentra la prevista en el inciso g) del artículo 803, que en sí misma no es una medida cautelar, sino la posibilidad de instar cualesquiera otras medidas cautelares que puedan garantizar la eficacia del proceso, cuestión que permite dar respuesta a la riqueza de la vida diaria en nuestra sociedad y a la variedad de situaciones conflictivas que se presenten. En sede de derecho de disposición sobre el cadáver resulta de un valor inestimable, pues puede ser esgrimida para disponer la conservación del cadáver en tanto y en cuanto se sustancia el proceso por reclamaciones de mejor derecho y dar así solución ante la deficiente capacidad de congelación que existe en las funerarias que brindan el servicio y los altos costes de los mismos. De esta forma el ciudadano puede acceder a las instituciones de salud, donde la atención médica es gratuita y existe capacidad de congelación en las morgues, y donde no sería posible el acceso sin intervención de la autoridad judicial<sup>25</sup>.

24 Aquí podemos pensar en una petición encaminada a que no se proceda a realizar una autopsia prevista o se detenga la que se está realizando, cuando el difunto o la familia son contrarios a esta práctica y deciden tutelar la integridad física del cadáver; debiendo probarse en el proceso si realmente estamos ante una necropsia catalogada como obligatoria por nuestras normas o debe prevalecer el interés del difunto o los familiares. Pero, evitando lesionar el derecho o deteniendo su violación.

25 También debemos tener presente la situación por la que ha transitado nuestro país en las últimas décadas, en que una parte importante de nuestros ciudadanos residen en el extranjero, ya sea porque emigraron y asentaron su residencia en otro país, o por cuestiones de trabajo u otros motivos personales o familiares, y mantienen el derecho a disponer sobre el cadáver de su cónyuge o familiar o ejecutar su última voluntad y defenderla, y se pueden ver imposibilitados de concurrir en el preciso instante de la muerte. Al no existir capacidad de congelación en las funerarias que ofertan este servicio, muchos de estos derechos se verían frustrados o vulnerados sino se hiciera uso de la medida cautelar comentada.

La presencia de medidas de esta naturaleza en el ámbito civil, contribuyen a una mejor tutela del derecho de disposición sobre el cadáver mediante la utilización del proceso ordinario, mitigando en cierta medida su excesiva duración acorde con la naturaleza y particularidades de éste. No se debe menospreciar el dolor en que se encuentran inmersos los familiares y lo vulnerables que resultan en este momento y el peligro que ello encierra para la protección del derecho, con vistas a que los dolientes prefieran no optar por la tutela judicial, desistan de ejecutar la última voluntad del finado o renuncien tácitamente a los derechos que como familiares ostentan.

#### 4. Las medidas autosatisfactivas con vistas a la protección del derecho de disposición sobre el cadáver.

Las medidas autosatisfactivas pueden tener relación con las cautelares, pero no son lo mismo, pues con ellas se da una satisfacción anticipada al asunto litigioso. El tema de hecho es muy actual, tanto en la doctrina como en las legislaciones foráneas<sup>26</sup>; respondiendo a la permanencia a través del tiempo de los procesos judiciales y su incidencia en la ineficacia de la ejecución de la sentencia y la frustración de los derechos de las personas que instan la tutela judicial.

Las medidas cautelares clásicas juegan un papel importante en la protección de los derechos, las mismas tienden a asegurar el proceso principal, se dictan en relación directa con la sentencia a la que van destinada, y no suponen una satisfacción anticipada, sino que dependen del resultado del proceso principal. Sin embargo, ello no ha resultado suficiente, y ante el peligro de ver frustrado totalmente un derecho, se ha preferido por algunos ordenamientos jurídicos otorgar satisfacción anticipada, con independencia del proceso principal, a través de un proceso autónomo, que se desarrolla en un período de tiempo muy breve, con una *cognitio* reducida, y donde el material probatorio se ve debilitado debido a los requisitos que el mismo exige<sup>27</sup>. Lo referente al tema se ha agrupado bajo la denominación de medidas autosatisfactivas y por supuesto sin el perjuicio de instar un proceso principal.

La norma procesal cubana no admite esta posibilidad de actuación, ni hace expresa alusión a ellas. Además es partidaria del criterio clásico de establecer medidas cautelares en relación con el proceso principal; tanto en lo regulado en materia civil; como por la modificación introducida con el Decreto-Ley 241. Por tanto, se estima que dada la necesidad de dar respuesta rápida a las violaciones al derecho de disposición sobre el cadáver, este es un procedimiento que pudiera

<sup>26</sup> Se pueden encontrar reguladas en los Códigos Procesales de Uruguay y de Argentina.

<sup>27</sup> Los requisitos pueden ser tres: a) que exista una situación de urgencia que lo amerite; b) la fuerte probabilidad de que el derecho invocado sea atendible y c) prestación de cautela.



implementarse en la Ley Procesal con vistas a futuras modificaciones; y a fin de contribuir a su protección eficaz.

A pesar de ello, es necesario hacer algunas precisiones al respecto. Aunque se defiende la idea de la existencia de mecanismos rápidos que den respuesta a violaciones de derechos que así lo requieran, también se reconoce el peligro que ello encierra dada la prontitud de la respuesta y la debilidad del material probatorio. De ahí entonces que no se comparta la idea de que sean autónomas, sino que deban estar vinculadas a determinado proceso; siendo perfectamente viable y conjugándose de esta forma seguridad y rapidez. A la sazón, veo con agrado la idea de que dentro del proceso principal se pueda ofrecer una satisfacción anticipada en los casos en que sea procedente, y que se continúe la tramitación para demostrar a profundidad los hechos alegados; amén de que se subordine la medida a la prestación de contracautela y a la continuación del proceso; junto a los otros requisitos de procedibilidad. Tampoco se debe olvidar que la razón de las medidas es que el fallo que en su día se dicte no sea ineficaz.

Ellas pudieran ser una solución para reforzar la tutela del derecho de disposición sobre el cadáver en el proceso civil cubano, atendiendo a su configuración actual; pero supeditadas al proceso principal de conocimiento. Ellas pudieran ser empleadas tanto en el proceso ordinario como en el sumario de modificarse la Ley.

#### **IV. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA SENTENCIA NÚMERO 757 DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2016 DICTADA POR LA SALA DE LO CIVIL Y LO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO POPULAR DE LA REPÚBLICA DE CUBA.**

Las líneas que han precedido hasta ahora buscaban incardinar el análisis en torno a la protección que en sentido general ofrece el derecho civil cubano al derecho de disposición sobre el cadáver en cuanto derecho personalísimo, más que en cuanto derecho familiar<sup>28</sup>. Al mismo tiempo que trataron de ilustrar cómo se desenvuelve el conjunto de acciones tendentes a protegerlo en el orden sustantivo y cómo es la dinámica en el ámbito adjetivo.

Resulta enriquecedor a los fines de este estudio, dirigir la mirada ahora hacia la sentencia que recientemente dictara la Sala de la Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular de Cuba sobre esta materia, la que goza de un valor añadido para mí, y es que al menos en los últimos 20 años no ha llegado a pronunciarse el alto foro en asuntos de esta naturaleza, lo que hace que en manos

<sup>28</sup> Es importante esta distinción pues hablamos de situaciones jurídicas de poder que recaen sobre el mismo objeto, pero de disímil naturaleza y características en dependencia del sujeto que lo ejercite. Cuando la propia persona hace uso de su derecho en vida estamos ante un derecho personalísimo, pero, cuando los familiares ejecutan esa voluntad o disponen en ausencia de voluntad del finado, estamos ante un derecho de naturaleza familiar.

de un estudioso del tema resulte un instrumento muy interesante para el examen y la crítica, y poder ayudar con los razonamientos que aquí serán vertidos a la solución de futuras controversias que sean de conocimiento del máximo órgano de justicia.

A lo anterior se puede sumar, que del análisis de la misma daremos sustento a la tesis que se defiende en estas páginas y que trata de demostrar la insuficiencia de del ordenamiento jurídico patrio para tutelar el derecho controvertido, pero acotado el tema a una de las manifestaciones del ejercicio de éste y a algunas cuestiones que guardan relación con la protección del mismo en el orden normativo, que no tiene que ver estrictamente con las acciones o con el tipo de proceso que se escoja, pero que inciden en que su ejercicio devenga o no eficaz, como por ejemplo: la ausencia de definición de la figura, la inexistencia de normas que determinen quienes son los sujetos legitimados para actuar en determinado momento ante un acto dispositivo sobre el cadáver y qué prioridad puede existir entre ellos; la incertidumbre en cuanto a su naturaleza jurídica, qué hacer ante la actitud pasiva del juzgador dada su deficiente cultura jurídica o qué hacer ante la falta de ésta en los letrados que representan a las partes en el proceso, y que, puede llevar a que el fallo que en su día se dicte deje en estado de indefensión al justiciable.

A tenor de lo expuesto, es pertinente desbrozar esta sentencia en aquellos extremos que pueden ser más atractivos a la hora de valorar como se manifiesta esa protección o desprotección general que brinda la norma ante un caso concreto y que obligatoriamente nos lleva a pensar desde consideraciones de *lege ferenda* en una futura modificación de las normas que rigen la materia.

### **I. Para situarnos en lo acontecido.**

Fue radicado al número 117 del dos mil quince proceso ordinario, que tenía como objeto la protección de derechos, ante la Sala de lo Civil, Administrativo y Laboral del Tribunal Provincial Popular de Cienfuegos, República de Cuba, en el que fue dictada la sentencia número 80 de 30 de diciembre de 2015 en la que se declaraba sin lugar la demanda interpuesta por la parte actora.

En el primer resultando de dicha sentencia quedaba narrado lo siguiente:“(…) la letrada(…), acudió a nombre y en representación de la parte actora, exponiendo como fundamentos de su reclamación que su representado y sus hermanas demandadas resultaron instituidos como únicos y universales herederos de su señor padre (...). Que el cadáver del señor (...), fue sepultado en el Cementerio Tomás Acea de esta ciudad de Cienfuegos, tras su fallecimiento el catorce de abril del dos mil doce, en una tumba estatal, sin que hasta la fecha su representado haya podido efectuar su exhumación y traslado de los restos hacia una bóveda de su propiedad, por el conflicto presentado ante las autoridades del cementerio por algunos familiares del señor (...), que pretendían realizar la exhumación y trasladar

los restos hacia la localidad de Cartagena, cosa a la que se opuso su representado, dirigiéndose en queja a la Empresa Provincial de Servicios Comunes de Cienfuegos, y en particular al área de Servicios Necrológicos, quienes ante la ausencia de una norma administrativa para solucionar el conflicto y definir el derecho preferencial a persona alguna para decidir sobre el destino de los restos, respondió con una prohibición de exhumarlo, hasta tanto una autoridad judicial lo definiera. Que teniendo la condición de heredero (...) necesita de la protección judicial a los efectos de hacer valer tal condición y poder disponer de los restos de su padre, los que por el transcurso del tiempo en la situación indeterminada que se haya, deben haber sufrido un considerable deterioro. Expuso los fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó solicitando se declare con lugar y en consecuencia se reconozca el derecho (...), como heredero de su señor padre en primer orden a realizar la exhumación del cadáver de su señor padre y disponer la ubicación de sus restos en la bóveda que desee"<sup>29</sup>.

Posteriormente ese Tribunal, después de valorar jurídicamente la cuestión, como se analizará más adelante, dictó sentencia declarando sin lugar la demanda. Ante tal pronunciamiento la parte actora interpuso recurso de casación ante la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular, obteniendo similar resultado al del pronunciamiento de instancia, dando por ratificada la resolución recurrida.

## 2. Sobre el proceso escogido por la parte actora y las acciones ejercitadas.

El tipo de proceso empleado fue el ordinario, como ya se ha dejado apuntado, éste resulta el proceso modelo, que permite atender cualquier reclamación que se pueda presentar en el orden civil y que no tenga asignado otro espacio específico en la norma ritual para su conocimiento, según establece el artículo 223 apartado 3 de la norma adjetiva. Si bien no es el más idóneo, no porque sus garantías sean insuficientes, sino debido a que su cognitio judicial es amplia y se extiende en el tiempo, y cómo ha quedado apuntado, ante determinadas vulneraciones al derecho de disposición sobre el cadáver se necesita de una respuesta rápida, y por este camino no se puede encontrar, dando lugar a que la sentencia que en su día se dicte sea ineficaz.

Empero, para el asunto que en el presente caso llega a manos del juzgador; la dilación no lo afecta negativamente, a contrario sensu, la demora en el tiempo juega a su favor pues le otorga a las partes la posibilidad de utilizar todos sus espacios, incluida la vista y la práctica de pruebas para mejor proveer y desde la posición del tribunal le permite conocer a fondo la cuestión, con más posibilidades de razonar

29 Sentencia número 80 de 30 de diciembre de 2015, Sala de lo Civil, Administrativo y Laboral del Tribunal Provincial de Cienfuegos, República de Cuba.

concienzudamente y arribar a un fallo justo y eficaz. Específicamente se está ante un supuesto en el que se pretende exhumar un cadáver que se encontraba inhumado hacía ya 3 años al momento de interponer la demanda, y se desea trasladar ahora e inhumar en otro sepulcro. Es cierto que el tiempo siempre incide sobre la descomposición del cadáver, pero ello no afecta la faceta del derecho que se pretende ejercitar hoy<sup>30</sup>.

La denominación dada a la materia que se ventila en el proceso, "protección de derecho civil", quizás no es la más feliz, pero resulta ser un enunciado que engloba el pedimento de la parte actora, dando cabida al reconocimiento del derecho de disposición sobre el cadáver discutido. No podía ser de otra forma pues nos encontramos ante una situación jurídica de poder que no tiene una regulación adecuada en la norma, no existe una sistematización de la figura, y sólo se reconocen actuaciones particulares sobre los cadáveres y sus partes, como si de derechos independientes se tratara. También es menester señalar la ausencia de una cultura jurídica entre los profesionales del derecho sobre el tema, dígame jueces o abogados, a lo que se suma la baja radicación de litigios de esta naturaleza en los tribunales, que terminan resueltos o mal resueltos en la vía extrajudicial, y la mayoría de las veces concluyen en la resignación y frustración de los implicados.

En cuando al ejercicio de la acción, la parte actora en su demanda hace uso del inciso a) del artículo 111 el que prescribe como medio de protección la posibilidad de exigir el reconocimiento del derecho, que es su finalidad principal al intentar se le reconozca el derecho preferente a su representado en orden a exhumar y trasladar los restos de su padre, aunque amparada la misma en cuanto al contenido en fundamentos jurídicos erróneos, como se analizará más adelante. También es oportuno señalar que este precepto, a pesar de ser supletorio al 38 del Código Civil cubano, que cómo se analizó es el específico para la protección del derecho de disposición sobre el cadáver como derecho personalísimo, en el caso que nos ocupa se está esgrimiendo como derecho familiar; perfectamente encuadrable en la ratio del 111 inciso a).

También la parte actora ejercita en su demanda la acción contenida en el inciso b) del propio artículo 111. La que va encaminada al restablecimiento de la situación existente antes de la vulneración del derecho y al cese inmediato de los actos que lo perturben. La misma no parece atinada en este caso pues no se puede apreciar la existencia de un daño con necesidad de que se repare *in natura* y menos que cesen sus efectos. Estamos ante una situación en la que hay un derecho que corresponde por igual a tres sujetos, los hijos del fallecido, que no llegan a un acuerdo sobre como

30 El supuesto que se analiza es muy diferente al conflicto que se puede presentar ante la falta de acuerdo entre familiares respecto a la donación de órganos y tejidos, o la necesidad de contratar el servicio de conservación (que por demás resulta excesivamente oneroso en Cuba) en espera de que lleguen los familiares del difunto que se encuentran en el extranjero (cuestión muy frecuente en Cuba), o disyuntivas entre practicar o no una necropsia, o no llegar a acuerdo sobre la inhumación o la cremación del cadáver o atentados a la imagen del cadáver.

ejercitarlo y la administración, ante la ausencia de norma aplicable, prohíbe su ejercicio hasta tanto se pronuncie el órgano jurisdiccional. Por lo que hubiera sido suficiente con el medio de defensa previsto en el inciso a) del artículo 111.

### 3. Sobre los sujetos legitimados.

La relación jurídica procesal se configuró adecuadamente. La demanda fue interpuesta por el hijo mayor del finado contra sus dos hermanas menores de edad, las cuales comparecieron representadas por sus madres, y resulta suficiente la presencia materna, pues en ellas se concentró el ejercicio de la patria potestad al fallecer el progenitor, versando el proceso sobre la posibilidad de disponer de los restos mortales de éste. No resulta necesaria la participación del ministerio fiscal por no exigirlo la norma sustantiva ni la adjetiva ni existir conflicto de intereses entre las partes y sus representantes (específicamente en el caso de las menores).

Es usual que en estos litigios sea también partícipe la viuda, pero todo parece indicar que ambas progenitoras no ostentaban tal condición, pues no se hace mención a ello en las sentencias, no figuran ninguna de las dos como demandadas en virtud de tal condición y es de suponer que el tribunal tuvo a bien valorar tal particular al momento de la admisión de la demanda, considerando que ninguna de ellas reunía tal cualidad, ya sea porque su estado civil derivado del matrimonio fuera el de divorciadas, casadas o solteras.

Por otra parte si puede resultar interesante al lector la participación del Director de la Empresa Provincial de Servicios Comunes de la Provincia de Cienfuegos, en calidad de demandado. De hecho, éste ostenta legitimidad pasiva y sin su mención no habría sido posible constituir válidamente la relación jurídica procesal. Se debe precisar que en Cuba los cementerios son de titularidad estatal, no así la mayoría de las bóvedas, sepulcros, osarios, nichos o parcelas. Y los cementerios en cuanto bienes inmuebles forman parte de los bienes que integran el patrimonio de estas empresas, las cuales tienen carácter presupuestado, pero gozan de personalidad jurídica propia y designan a un administrador que se encarga de la gestión cementerial en cada cementerio, pero que no responde directamente ante demandas de esta naturaleza al no ser más que un empleado de esta entidad. Dentro de estas entidades existe un departamento de servicios necrológicos que dirige la cuestión cementerial y el servicio que se presta en las funerarias.

Sin embargo, se debe precisar que con vistas a futuras modificaciones de la norma que regula la materia, es obligado pensar en la posibilidad de que fueran escindidas las funciones que tiene dicha entidad en esta sede para que cobren virtualidad propia, pues en el orden ético, de los valores, de las costumbres y tradiciones del pueblo cubano, su *nomen iuris* atenta contra el respeto a la memoria pretérita de los difuntos y contra la dignidad humana, pues pone a la par los restos de la persona

humana con cualquier otro desecho humano, no porque en la práctica cotidiana sean tratados con irrespeto los restos humanos, sino porque con la denominación “Empresa Provincial de Servicios Comunes” pareciera que se alude a basura, y que hay un departamento dentro de la empresa de la basura que atiende lo referente a los muertos. Ello deja muy mal sabor en el paladar y es repulsivo a los ojos de los ciudadanos y del mundo. Creo que sería más atinado contar con una institución que se pudiera denominar “Dirección de Servicios Necrológicos”, ya sea municipal, provincial o nacional.

#### 4. Sobre la pretensión y los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia.

Al iniciarse el proceso en el Tribunal Provincial Popular, la parte actora esgrimio *ab initio* como pretensión, el interés que tenía su representado en cuanto a que el tribunal reconociera el derecho que le correspondía en cuanto heredero de su padre a realizar la exhumación de los restos mortales de éste y disponer su ubicación en la bóveda que deseara, cuestión que a la vista resultaba excesiva y que acertadamente fue rectificadada durante la celebración de la comparecencia que estable el artículo 42 de la Ley ritual, y quedó circunscrita a poder trasladar dichos restos hacia su bóveda particular; deseo que era más mesurado e incrementaba las posibilidades de triunfo de la demanda.

A pesar de ello, desde la propia pretensión, sin entrar aún en los fundamentos de derecho, ya se observaba un inconveniente, que estaba dado por una reclamación que se hacía desde la posición de heredero, lo que lleva implícito que se éste hablando de bienes patrimoniales, de adjudicación en concepto de propiedad y por otra parte una discutida prioridad reclamada, a pesar de encontrarnos ante herederos de igual grado.

Ello lleva a poner sobre la mesa las siguientes interrogantes: ¿Es el cadáver o sus partes un bien patrimonial susceptible de transmisión hereditaria?, ¿Es la condición de heredero la que legitima para ejercitar el derecho de disposición sobre el cadáver?, ¿Podemos hablar de un derecho de propiedad?, ¿Puede existir alguna preferencia entre herederos o familiares de igual grado para disponer el destino final de un cadáver?

Cuando se estudia la categoría patrimonio, se aprecia que la misma está conformada por aquellos derechos y obligaciones y los bienes sobre los que recaen los primeros, siempre de carácter económico, pasando a convertirse en herencia aquellos que son transmisibles por causa de muerte<sup>31</sup>. El patrimonio forma parte

31 MONTÉS PENADÉS V. L.: “El Patrimonio y los elementos patrimoniales”, en AA.VV.: *Derecho Civil Parte General*, (coord. por A. LÓPEZ-V. L. MONTÉS), Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 605, 615. En este sentido expresa: “El patrimonio puede ser definido como el conjunto de relaciones jurídicas de contenido económico sometidas a un régimen unitario de gestión y de responsabilidad”. Y más adelante añade: “La cosa o el bien ha de tener un valor económico, han de ser susceptibles de valoración, por lo que no se integran en el patrimonio los bienes

de la esfera jurídica general de la persona pero no la agota, y en esa esfera jurídica general se encuentran los derechos inherentes a la personalidad y los bienes personalísimos, como la imagen, la intimidad, el honor o el cuerpo, que en el caso de éste último muta en cadáver; pero queda siempre fuera del patrimonio.

Si se medita por un momento, el cadáver es el futuro de lo que en el pasado fue cuerpo y persona, sobre el cual tampoco se admitían relaciones de tipo económico, ni estaba sujeto a propiedad alguna, el cual constituía un bien personalísimo<sup>32</sup>. Si se traslada este razonamiento al cadáver, no en atención a que sea el mismo cuerpo humano, sino en deferencia a que fue sede de una persona, cuya memoria se respeta, cuyos familiares recuerdan, irradiando una serie de sentimientos hacia los despojos, así como la reverencia que le ofrece la comunidad de individuos, puesto que son los restos de un miembro de la familia humana; se puede obtener un tratamiento más adecuado, más afín con su naturaleza, que permita protegerlo según su verdadero valor, sustrayéndolo del tráfico económico. Igual tratamiento se les debe otorgar a los órganos, tejidos<sup>33</sup> y a las cenizas.

Entender los bienes jurídicos como categoría general parece más acertado a la hora de hacerle frente a la multiplicidad de objetos de la realidad social, que tienen

---

que no son susceptibles de valoración como es el caso de los bienes de la personalidad (vida, honor, etc.), los cuales si bien entran dentro de la esfera jurídica de la persona no pertenecen al patrimonio en sentido estricto". Por su parte MONTÉS RODRÍGUEZ, P.: "El Patrimonio", en AA.VV.: *Derecho Civil I (Derecho de la Persona)*, (coord. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 193. Expone con meridiana claridad: "Todos hemos utilizado en alguna ocasión la expresión patrimonio en un sentido jurídico o económico. Se trataría de un "bolsillo" ficticio creado por el Derecho, en el que se reúnen todos los derechos y obligaciones de contenido económico, de los que es titular un individuo a lo largo de su vida y que no se extinguen con su fallecimiento". Y posteriormente agrega: "En el patrimonio se integran, pues, los derechos subjetivos de carácter económico, tanto reales como personales o de crédito (activo), así como las obligaciones (pasivo). Por lo tanto, no forman parte del patrimonio los derechos de la personalidad (p.ej., el derecho a la vida, a la integridad física o al honor)".

- 32 En este sentido resulta muy ilustrativa la reflexión kantiana que trae a colación CASAS MARTÍNEZ, M. de la L.: "La experiencia del cuerpo propio", en AA.VV.: *Diccionario Latinoamericano de Bioética* (coord. por J. TEALDI), Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y Universidad Nacional de Colombia, Colombia, 2008, p. 229. "(...) Para Kant: "El hombre no puede disponer de sí mismo porque no es una cosa; no es su propiedad; decir eso sería contradictorio; ya que si es una persona es un sujeto en donde se inviste la propiedad, y si él fuera su propiedad, sería una cosa, sobre la que tiene propiedad".
- 33 Al respecto de la naturaleza jurídica de los órganos y tejidos nos dicen ABBOUD CASTILLO, N. L., PÉREZ GALLARDO, L. B.: "Las donaciones de órganos y tejidos. Status legal", en AA.VV.: *Bioética desde una perspectiva cubana*, (coord. por J. R. ACOSTA SARRIEGO), Publicaciones Acuario, La Habana, 2007, p. 726. "Ya definimos que los órganos y tejidos no forman parte del patrimonio. Si bien son extraídos del cuerpo vivo o del cadáver, y tienen la consideración de bien, estos son extrapatrimoniales, por tanto, no hay cesión en la donación de órganos de una fracción del patrimonio y, consiguientemente, no existe empobrecimiento ni enriquecimiento patrimonial. Lo que sí podemos decir es que ha habido un beneficio –o al menos el intento– a la salud del receptor; pero el órgano o tejido implantado no es valuable económicamente, en el orden ético y jurídico. Es un bien extrapatrimonial y fuera del comercio de los hombres; tampoco puede considerarse que se ha producido un empobrecimiento en la persona del donante por los elementos antes apuntados, y porque en el orden de la salud hay limitantes a este tipo de acto". Contrario *sensu* tenemos la postura defendida por ENGELHARDT, T.: *Los fundamentos de la bioética*, Paidós, Barcelona, 1995, pp. 179, 202. Para este autor sí puede existir propiedad sobre el cuerpo humano y sobre los órganos, siempre que la persona de su consentimiento (criterio que no comparto, pero que no deja de ser interesante por los extremos que alcanzan sus posturas). Este expresa: "Los derechos de propiedad se derivan del derecho fundamental de que nadie puede actuar contra nosotros sin nuestro permiso. Una vez adquirido este derecho, puede ser vendido libremente o transferido a otros, del mismo modo que las personas pueden transferir los derechos que poseen sobre sí mismas". Además argumenta que la autoridad de los gobiernos es sospechosa cuando: "Restringen la posibilidad de elección de los individuos libres sin su consentimiento (por ejemplo, intento de prohibir la venta de órganos humanos)...".

trascendencia para el Derecho. Se pudiera intentar definir como bienes jurídicos a todos éstos, pues el Derecho le confiere el matiz de la juridicidad, entendiendo como bienes jurídicos a todo aquello que tiene alguna utilidad o valor para el hombre, ya sea material o espiritual, y que es regulado por el Derecho, tenga o no, naturaleza económica. Por lo tanto, las cosas evaluables patrimonialmente serían una especie dentro del genero bien<sup>34</sup>.

El cadáver puede incluirse dentro de este rubro, como bien jurídico de naturaleza especial<sup>35</sup>, convirtiéndose en un posible objeto de derechos dentro de determinados límites, formando parte del conjunto de relaciones jurídicas no vinculadas al patrimonio, las cuales constituyen objeto de regulación del derecho civil cubano a pesar de estar omitidas formalmente en el artículo I del Código Civil; por lo que suscribo la tesis de que el cadáver es una manifestación física de lo que fue la sede de la persona, su cuerpo. Ergo, el título sucesorio hereditario no nos dice nada respecto a una posibilidad de disponer sobre los restos mortales de un individuo o con vistas a una posible adjudicación del mismo en cuanto propiedad<sup>36</sup>.

Por lo tanto, cuando hablamos del derecho de disposición sobre el cadáver, debemos tener en cuenta que durante la vida de la persona estamos en presencia

34 En esta línea nos gusta la definición de: VALDÉS DÍAZ, C. del C.: "Relación jurídica", cit., pp. 89-90. "...serán concretamente objeto del derecho subjetivo la conducta o comportamiento de otras personas y los bienes, tanto aquellos que se refieren a cualidades de la persona o manifestaciones de su personalidad, como las cosas materiales, las energías o esfuerzos aunque no sean cosas en sentido propio, bienes inmateriales o creaciones intelectuales".

35 En este sentido se pronunció la SAP de Huesca, 21 junio 1996 (AC 1996, 1615) "(...) el cadáver de un difunto no creemos que pueda asimilarse, de ningún modo, a los bienes materiales que el mismo dejó al abandonar este mundo(...)" Le sigue en igual sentido la conocida SAP de Pontevedra 9 diciembre 1998 (AC 1998, 2483) "Extinguida la personalidad civil por la muerte de la persona (art. 32, párrafo primero, del Código Civil), o lo que es igual, dejando de existir la persona desde el momento de la muerte, pasando de ser sujeto del derecho, simple objeto jurídico, aunque de naturaleza especial". Igual interés reviste la SAP de Madrid (Sección 18ª), 22 enero 2004 (JUR 2004, 251344) "Dicha cuestión ha venido planteándose con alguna insistencia en la denominada jurisprudencia menor, y a salvo de las disposiciones administrativas sobre la materia, se ha venido considerando que una vez producido el fallecimiento de una persona, se produce la extinción de la personalidad civil, art. 342 del Código, pasando de ser un sujeto de derecho a un simple objeto jurídico aunque de naturaleza especial(...)". Y más recientemente reiterado en la SAP de Pontevedra 11 diciembre 2006 (JUR 2006, 18440). "Es indudable que sobre los restos mortales no puede haber derecho de propiedad o derecho de posesión, ya que el objeto de los derechos reales ha de estar dentro del comercio y los restos humanos no lo están, y se encuentran al margen de los susceptibles de apropiación".

36 También es útil la tesis sustentada por la Tercera Sala Suprema de la Corte de Justicia de la nación mexicana de 1970. Amparo directo 2435/70. María del Carmen Mendoza Vargas. 29 de octubre de 1970. "La doctrina es unánime al sostener que el cadáver es extracomercial y no puede ser objeto del derecho de propiedad, esto es, que no es cosa que pertenezca en propiedad al heredero ni puede ser susceptible de apropiación, debido a que los más elementales principios de orden público, de sanidad pública, de moral social, están en directa oposición con el concepto de una propiedad sobre el cadáver; pues el destino normal del cadáver humano según la conciencia general, es el de ser dejado a la paz del sepulcro, bajo aquella forma que la ley del Estado haya fijado, y este destino es absolutamente incompatible con el concepto de la comerciabilidad del cadáver. De un modo casi general deben considerarse admisibles los contratos gratuitos sobre el propio cuerpo para fines científicos, y en cambio de acuerdo con la opinión dominante, un contrato oneroso de semejante contenido habría de considerarse nulo como contrario a las buenas costumbres. Las disposiciones de última voluntad sobre el cadáver (entierro, incineración, etc.) se deben considerar válidas en concepto de modos o de disposiciones sobre ejecución del testamento. Los negocios jurídicos de los parientes o de los terceros sobre el cadáver, que no se refiera, al funeral, a la autopsia o a cosas parecidas, se deben considerar en general, como nulos en concepto de inmorales, en virtud de que la personalidad del hombre exige respeto, aún después de la muerte".



de un derecho inherente a la personalidad<sup>37</sup>, que goza de este estatus cuando se ejercita en vida, pero que se extingue con la muerte, y con ella nacen en los más próximos parientes un derecho familiar a la tutela de la memoria pretérita de la persona y de su última voluntad si se hubiera manifestado en este sentido, pero por otra parte un derecho familiar que permite disponer y custodiar dentro de los límites que establece el derecho (moral, costumbres, salud pública) los restos de esos seres queridos<sup>38</sup>, siempre diferente al derecho de propiedad<sup>39</sup> y nunca transmisibles *mortis causa*<sup>40</sup>.

El Código Civil cubano no reconoce expresamente el derecho de disposición sobre el cadáver ni ningún otro derecho personalísimo; empero, establece en su artículo 38 acciones tendentes a proteger ante violaciones a los derechos de la personalidad consagrados en la Constitución, precepto lamentablemente infeliz, pues el magno texto no hace referencia a esta categoría, más si reconoces algunos derechos de los que la doctrina llama como inherentes a la personalidad, entre los que no se encuentra el que es objeto de análisis, que sólo se vislumbra en las

- 37 También DIEZ PICAZO, L., GULLÓN A.: "Sistema", cit., p. 351. Son partidarios de considerar estos actos dispositivos como un derecho subjetivo personalísimo y profieren que: "La persona posee un poder de disposición en orden a establecer tal destino; por ejemplo: inhumación, etcétera. Es admisible igualmente destinar el propio cadáver a fines científicos o didácticos siempre que se respeten las exigencias del orden público o que el destino establecido resulte conforme con las buenas costumbres y no repudiado por la conciencia social". En la misma línea argumental CIFUENTES, S.: "Derechos Personalísimos", cit., p. 414. Y al respecto nos comenta: "(...) que en suma: hay un derecho personalísimo sobre cosa futura con respecto al propio cadáver, limitado por los intereses públicos; ese derecho cuando se ejercita excluye el de los parientes, no requiere la manifestación por acto solemne testamentario, es unilateral y revocable, y solo se admite cuando no depende de contraprestaciones en dinero, es decir, cuando no es oneroso".
- 38 Esta idea se encuentra recogida también en la SAP de Cantabria (Sección 2ª), 15 abril 2015 (JUR 2015, 274454). "Resultando correcta en criterio de este tribunal la vía seguida en la sentencia de instancia, al igual que las de las AA.PP. de Burgos de 17 de Enero 2000 o Pontevedra 9 Diciembre 1998, de considerar de referencia y aplicar análogicamente el art. 1894,2 CC en orden a individualizar quien ostenta legitimación para decidir acerca del destino y ubicación de los restos mortales; no como manifestación de una titularidad dominical imposible, sino de una capacidad de gestión sobre tal particular que ha de ser reconocida necesariamente a alguien en el ámbito de las relaciones familiares".
- 39 En este mismo sentido, ESPINOZA ESPINOZA, J.: "Derechos" cit., p. 201. expresa que el derecho sobre el cuerpo es un derecho humano o de las personas, añadiendo a continuación que es un absurdo recurrir a la teoría de los derechos reales y dice: "El Derecho en forma unánime considera al cuerpo y sus energías como un sustrato de la personalidad, en manera alguna como objeto de derechos reales; por ello se manifiesta en desacuerdo con la comercialización de las partes del cuerpo, agregando que los actos de disposición obedecen a sentimientos humanitarios, y, por consiguiente, deben ser a título gratuito". De igual manera en la SAP de Ourense (Sección 2ª), 28 marzo 2005 (JUR 2005, 94646) se dijo: "Entablada la cuestión entre los hijos y esposa de una parte y los octogenarios padres del difunto, el padre fallecido a lo largo de este proceso, no es dable hablar de titularidad o disponibilidad real sobre los despojos óseos en el concepto de derecho privado dominical, sino, como bien apunta la juzgadora a quo, de un mejor derecho a tomar una decisión acerca del lugar en que hayan de permanecer a fin de honrar su memoria, algo de profundo alcance sentimental en la compleja convicción generalizada de rendir culto a los muertos que exige el mayor respeto".
- 40 Aquí queremos traer el criterio de COBAS COBIELLA, M. E.: "Protección Post Mortem de los derechos de la personalidad. Tratamiento jurisprudencial del tema", en AA.VV.: *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* (coord. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson-Aranzadi, Navarra., 2007, p. 308. "Los efectos de la muerte son disímiles, en algunos casos con la misma se extinguen un conjunto de relaciones y en otro caso nacen nuevas relaciones o se generan situaciones que han de ser contempladas por el derecho, ya que la muerte de una persona no supone la extinción de todas las relaciones jurídicas de las que era titular; algunas ciertamente se extinguen y otras se transmiten y algunos bienes y derechos, por otra parte, nacen con la muerte de la persona como sucede con las indemnizaciones por causa de muerte, ya que no todos los derechos subjetivos que tuviere una persona en vida ni todos los deberes pueden independizarse de su titular y ser transmitidos a otras personas en virtud de la sucesión *mortis causa*".

normas administrativas, sin embargo, en su preámbulo hace suyo el postulado del apóstol José Martí de querer que la ley primera de la República sea el culto de todos los cubanos a la dignidad plena del hombre y que, en consecuencia, su artículo I dispone: "el Estado cubano se organiza para el disfrute de la libertad política, la justicia social, el bienestar individual y colectivo y la solidaridad humana", que a mi juicio irradia todo el ordenamiento jurídico y le es de aplicación a la situación de poder que se estudia aquí.

Afortunadamente la sentencia dictada por el Tribunal Provincial se manifestó acertadamente en el sentido expuesto: "(...) si se analiza en primer orden que desde el punto de vista doctrinal la herencia se define como al acto jurídico mediante el cual se transmiten los bienes, derechos y obligaciones de una persona fallecida, a otra u otras personas que se denominan herederos, ello indica que la herencia ésta vinculada fundamentalmente con el patrimonio, pues el objeto de la sucesión lo constituye la masa o conjunto de relaciones patrimoniales, en correspondencia incluso con lo normado en el ordinal cuatrocientos sesenta y seis, del citado cuerpo legal, de manera que en modo alguno los restos del cadáver del progenitor del actor deben entenderse como integrantes de su herencia, determinando así que no exista prioridad alguna ni derechos para sus herederos en cuanto a la disposición sobre los mismos"<sup>41</sup>. Lo que dio lugar a que declarara sin lugar la demanda.

## 5. Sobre el motivo de casación.

La parte actora inconforme con la sentencia dictada por el Tribunal Provincial de Cienfuegos, recurrió en casación, haciendo uso de un único motivo que se reproduce a continuación: "(...) invocado al amparo del ordinal primero del artículo seiscientos treinta de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, en el que se acusan como infringidos los artículos cuatrocientos sesenta y seis y quinientos catorce del Código Civil en el concepto sucinto de que el tribunal hizo una inadecuada apreciación de los preceptos denunciados, los que interpretados ampliamente permiten estimar que el cadáver sí constituye cosa material, que puede pasar a formar parte de la esfera de dominio de otra persona, y aunque este dominio fuera en cierta medida limitado, por cuestiones administrativa, sí puede contener la posibilidad de disponer; máxime cuando el propio tribunal reconoce que no existe solución alguna en la vía administrativa, ni se avizora en el orden legal otra solución posible, siendo la interesada por esta parte la más viable(...)"<sup>42</sup>.

Cuando se examina el motivo de casación esgrimido por el letrado, salta a la vista el inadecuado empleo de los artículos contenidos en la norma sustantiva, el

41 Sentencia número 80 de 30 de diciembre de 2015, Sala de lo Civil, Administrativo y Laboral del Tribunal Provincial de Cienfuegos, República de Cuba.

42 Sentencia número 757 de 30 de septiembre de 2016, Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba.

466 que se encarga de definir el derecho de sucesiones como aquel que regula la transmisión del patrimonio del causante después de su muerte y el 514 en su apartado 1 que establece el primer llamado sucesorio en el que comparecen los hijos sin perjuicio del derecho del cónyuge, y en el 2 reconoce la posibilidad de heredar por derecho propio y a partes iguales.

Como fue razonado en el epígrafe anterior, es evidente que existe una interpretación errónea por parte del recurrente de los preceptos mencionados, por lo que no es posible obtener una interpretación en sentido amplio, al resultar totalmente incompatible con la naturaleza jurídica del cadáver y del derecho discutido. Por lo tanto, hace imposible que el juzgador los acoja, porque de haberlo hecho hubiera quedado destruida la noción de patrimonio, redefiniendo el mismo, puesto que al no poder ser el cadáver estimado económicamente, interpretar en sentido amplio esos artículos, conllevaría a entender que dentro del patrimonio pueden existir bienes de naturaleza no económica y que los herederos en cuanto tales pueden suceder al causante en esas relaciones<sup>43</sup>.

Otra cuestión a analizar es el hecho de que los herederos implicados en la litis, al ser todos hijos del causante, concurren en igualdad de condiciones y con igualdad de derechos, según queda prescrito en los artículos citados. Entonces, me surge la duda de cómo es posible que la parte actora haya pretendido defender una prioridad exclusiva a su favor y proponer que su solución es la más viable. Al parecer, previo a interponer el recurso repensó la cuestión y se expresó en el sentido siguiente:“(…) además el contenido del derecho patrimonial hereditario *no incluye prioridad* entre los herederos para acceder a esos derechos, estando al arbitrio judicial determinar a quién lo adjudicarán (...)”<sup>44</sup> Luego, cabe formularnos otra interrogante, sobre la base de la patrimonialidad que se esgrime, ¿cómo podría el tribunal declarar esa prioridad en el orden sucesorio?

El artículo 536 del Código Civil cubano dispone que a falta de acuerdo entre los herederos o representantes legales sobre la forma de hacer la partición, puede requerirse la intervención judicial. Y en su sección cuarta establece tres reglas

43 Así se pronuncia la SAP de Burgos (Sección 2ª), 17 enero 2000 (AC 2000, 505). “Para que la analogía resulte predicable, tal y como exige el artículo 4.1 del Código Civil, y como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4230), es preciso que exista identidad de razón, presupuesto que no parece concurrir con relación a las normas de la sucesión intestada, ya que no pueden asimilarse los restos mortales de una persona con los bienes materiales que la misma dejó al fallecer”. Similar criterio se aprecia en las siguientes sentencias: SAP de Málaga (Sección 4ª), 7 junio 2000 (JUR 2000, 265019). SAP (Sección 1ª) 23 marzo 2004 (JUR 2004, 122616). SAP Madrid (Sección 18ª), 15 marzo 2006 (JUR 2006, 148962). SAP de Asturias (Sección 4ª), 29 enero 2010 (JUR 2010, 104516). SAP de Guipúzcoa (Sección 2ª), 2 febrero 2001 (AC 2001, 44). Y más recientemente la SAP de Cantabria (Sección 2ª) 15 abril 2015 (JUR 2015, 274454). En ella se argumentó lo siguiente: “La respuesta no puede apoyarse en norma expresa alguna pues es cuestión no regulada en nuestro derecho, ni tampoco en las estrictas normas sucesorias, pues los restos mortales de una persona no deben considerarse una cosa susceptible de ser objeto del derecho de propiedad ni transmisibles por vía hereditaria”.

44 Sentencia número 757 de 30 de septiembre de 2016, Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba.

que sirven de guía al juzgador para realizar ésta. En el 537 establece la regla de la igualdad, en el 538 la regla de la necesidad y en el 539 apartado uno la de la utilidad que brinde al heredero, ante bienes que no puedan dividirse, con la consiguiente obligación de indemnizar al que no se adjudique.

Como es de apreciar, son normas construidas para determinar la adjudicación ante falta de acuerdo entre los herederos en cómo hacerla, pero normas enfocadas en función de bienes patrimoniales, estimables económicamente, por lo que resulta un contrasentido aplicarlas a la materia controvertida. Incluso, si defendiéramos la tesis de que el cadáver es una cosa y puede ser adjudicado a los herederos, aún así sería difícil para el juzgador pronunciarse en este sentido. Pues, ¿cómo se aplicaría la igualdad?, ¿tendría que adjudicarles el cadáver a todos ellos? Si se atiende a lo estipulado en el artículo 538, donde se habla de distintos bienes y de adjudicarlos atendiendo a las necesidades de los herederos, ¿cuál sería la necesidad que ameritaría adjudicárselo a uno por sobre los otros? O ante el 539 apartado I, ¿a cuál de los herederos le resulta más útil? Ello nos sitúa en el principio de utilidad, por qué sería más útil a su representado tener cerca suyo el cadáver de su padre. Y en el apartado dos del mismo precepto, se habla de la necesidad de compensar a los demás herederos a razón de la adjudicación del bien. ¿Cuánto les correspondería en dinero a los demás herederos si el tribunal hubiera adjudicado el cadáver a uno sólo de ellos? Los razonamientos llevan a considerar inviable la pretensión de la demandante y los fundamentos jurídicos conspiran contra un resultado favorable a la hora de dictar sentencia.

La estrategia argumental utilizada por el letrado denota desconocimiento de la figura y se limita a utilizar categorías que están construidas para un sistema patrimonialista, y que no son compatibles situaciones no patrimoniales. Derecho éste, que se desenvuelve y ejercita fuera del patrimonio, rodeado de valores humanos esenciales, cómo el respeto a la memoria del finado, la no mercantilización del cuerpo humano o su cadáver, sentimientos familiares de cariño, recuerdo, derecho a venerar a los muertos, a realizar el duelo, derecho a visitar los restos del familiar fallecido. El paradigma de los derechos reales queda corto a esta finalidad y los artículos sucesorios no aptos para darle cobija, ya sea la interpretación amplia o estrecha. Sólo los órdenes sucesorios pudieran servir de guía para saber a quienes nuestro legislador consideró como más próximos parientes y en consecuencia donde ubicarnos a falta de norma expresa en la materia, pero sólo a ese fin.

## **6. A propósito del fallo dictado por el tribunal.**

Hasta ahora se ha podido apreciar, valorar y quizás arribar a la conclusión, *prima facie*, de que a partir de los fundamentos de derecho esgrimidos por la actora, y la forma en que había encausado su demanda era razonable que el tribunal declarara la misma sin lugar, como de hecho aconteció. Pero acaso, fue ello justo, pudo haberse

ponderado una solución distinta. Y me vienen a la mente las siguientes interrogantes: ¿Es posible que después de acudir a la vía judicial quede vulnerado el derecho de disposición sobre el cadáver en virtud de los propios pronunciamientos judiciales contenidos en la sentencia? ¿Queda el justiciable en estado de indefensión? ¿Se puede hablar de que se le ocasionó un daño moral al demandante? La balanza, les adelanto desde ahora, es muy probable que se incline hacia responder afirmativamente después que terminemos con las líneas que siguen.

Es necesario dirigir por un momento la mirada a ambas resoluciones judiciales para entender mejor lo anteriormente planteado. La parte final del último considerando de la sentencia de instancia, razona de la siguiente manera: "(...)Vale mencionar que pese a la posición de rebeldía entre los demandados, se advirtió en la comparecencia celebrada que entre los litigantes no existe consenso sobre éste tema y al propio tiempo no existe norma legal, ni siquiera administrativa, como es el caso del Manual de Procedimientos para los Cementerios, correspondiente a la Dirección Municipal de Servicios Comunes de Cienfuegos, que indique como proceder en situaciones de esta naturaleza, con todo lo cual resulta menester pronunciarnos como a continuación se dirá(...)"<sup>45</sup> Razonamiento que lleva a que el tribunal determine que la demanda es sin lugar.

Por su parte la sentencia de casación fue del tenor siguiente en la última parte de su primer considerando: "(...) por otra parte se aprecia que lo relativo a los requisitos y procedimientos para la exhumación del cadáver corresponden a trámite meramente administrativo que encuentran sustento en la Resolución nueve, de treinta de enero de mil novecientos noventa y dos del Ministerio de Salud Pública, "Reglamento general sobre manipulación de cadáveres y restos óseos", normativa que establece en su artículo setenta y dos la procedencia de la exhumación ante la solicitud formulada por la parte interesada a la administración del cementerio pasados los dos años de inhumado el cadáver, de lo que deriva el desacierto de la acción ejercitada y por consiguiente del motivo único sustentado en el ordinal primero del artículo seiscientos treinta de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico"<sup>46</sup>. Y seguidamente desestima el recurso y ratifica la resolución de instancia.

De la lectura de ambas resoluciones se desprende fácilmente que no hay un reconocimiento expreso del derecho objeto de debate, ni solución prevista en la norma cubana para determinar como proceder ante un conflicto entre familiares de igual calidad. También se pudo constatar que no son aplicables las normas sucesorias para fundamentar jurídicamente la pretensión, y que al no haber solución en la Ley

45 Sentencia número 80 de 30 de diciembre de 2015, Sala de lo Civil, Administrativo y Laboral del Tribunal Provincial de Cienfuegos, República de Cuba.

46 Sentencia número 757 de 30 de septiembre de 2016, Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba.

y no ser aplicable la analogía con dichos preceptos, el tribunal deja sin resolver la cuestión<sup>47</sup>. Ello trae como consecuencia que una vez firme la sentencia, el efecto de la cosa juzgada afecte la posibilidad de interponer futuras reclamaciones sobre lo mismo.

Si bien eso fue lo que aconteció, y el panorama proteccional que brinda el ordenamiento cubano no es el ideal, la respuesta del máximo órgano de justicia pudo y debió haber sido diferente. Es cierto que en el proceso civil cubano rige el principio dispositivo, pero el órgano jurisdiccional contaba con herramientas en la norma adjetiva que le hubieran permitido ser más activo, además de que haciendo uso de la sapiencia jurídica y de elementos que estaban en la demanda, pudo haber arribado a solución distinta. Es verdad que no existía norma legal para ello, pero existen los principios generales del derecho, existen los usos y costumbres, que si bien en nuestro ordenamiento jurídico no están reconocidos como fuente de derecho, amparados en el principio de justicia, en el principio *iura novit curia*, y en el deber que tienen nuestros tribunales de conocer y fallar los asuntos aunque no exista precepto legal aplicable (principio de *non liquet*), y si el tribunal los hubiera utilizado, el fallo habría tributado a la tutela del derecho de disposición sobre el cadáver.

El órgano de justicia debió hacer uso del artículo 42 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, que le permite en cualquier estado del proceso citar a las partes para interrogarles y ahondar en los hechos y antecedentes. El artículo 43 que le autoriza a fallar apreciando las pruebas acorde con el valor que la Ley les atribuye, pero además ajustándose a los principios de la razón y la ciencia. Y por último el 148 que obliga al juzgador a no aplazar, dilatar o negar la resolución de las cuestiones que hayan sido discutidas en el proceso, y en el caso que nos ocupa, entiendo que la sentencia niega la solución de la controversia.

El juez pudo ejercer las atribuciones que le confiere la Ley e indagar en la voluntad del difunto, escudriñar más en los motivos en los cuáles los familiares demandados se afianzaban para negar el traslado, profundizar en los motivos del recurrente y

47 En el derecho español también se han suscitados conflictos de similar naturaleza, coincidiendo con el derecho cubano en que no existe norma expresa aplicable, pero a diferencia del caso en estudio, los tribunales españoles si ofrecieron una solución. Puede verse al respecto la SAP de Pontevedra, 9 diciembre 1998 (AC 1998, 2483) "El núcleo gordiano de la controversia lo constituye ahora el determinar quién es el titular dominical de los restos mortales, la viuda o los padres u otros familiares, en este caso los padres del fallecido. Pues bien, llegados a este punto, es clara la laguna legal existente en nuestro derecho privado, y ante este vacío no cabe otra alternativa que la de recurrir, por un lado, al procedimiento analógico, y a la par, y por si ello no fuera suficiente para llenar esa laguna, a la costumbre (arts. 4.1 y 1.3 del mismo Código)". Igualmente la SAP de Ourense (Sección 2ª) 28 marzo 2005 (JUR 2005, 94646) se pronuncia de la siguiente forma: "La falta de una normativa más allá de las exigencias sanitarias y administrativas sobre la decisión de la localidad donde hayan de inhumarse los restos mortales, si surge conflicto entre los familiares sobrevivientes, debe atenderse por sentido común a la voluntad expresa o tácita del finado como disposición suprema de su destino y, en su defecto, a la que manifiesten por su orden aquellas personas «que en vida habrían tenido la obligación de alimentarle», por analogía de lo regulado en el párrafo segundo del art. 1.894 del Código Civil ( LEG 1889, 27) que dispone quiénes vienen obligados a soportar los gastos funerarios".

sopesarlos. Debió valorar la costumbre del lugar en cuanto al pedimento realizado. Valorar si lo que se estaba solicitando afectaba en alguna medida la memoria pretérita del finado y la dignidad humana. Debió haber sido más enérgico el tribunal y preguntarse ¿Por qué los restos mortales discutidos fueron inhumados en una bóveda propiedad del Estado? ¿Qué tiempo les restaba por descansar allí? ¿Qué otras bóvedas privadas existían en la familia? ¿Se encuentra la bóveda propiedad del hijo cerca o lejos del domicilio de las hermanas? ¿Por qué las otras hijas del difunto querían trasladar los restos a otra localidad? ¿Cómo se ven afectadas las otras dos hijas por que sean trasladados los restos del padre a la bóveda que está escogiendo el hermano? ¿Dónde estarían mejor resguardados esos restos mortales? ¿Resulta legítimo el interés del peticionario, ha quedado demostrado que sus intenciones fueran malas o la voluntad de producir un daño?<sup>48</sup> Ergo, cuanta información hubiera podido obtener el juzgador y permitiéndole razonar sobre ella en la sentencia, y sobre la base de la información obtenida, de la lógica, de la justicia y otros principios afines al caso brindar una solución<sup>49</sup>.

Es cierto que los argumentos de derecho no fueron atinados, pero en virtud del principio de que el juez conoce el derecho y de la necesidad de administrar justicia se hubiera podido solucionar el defecto en la argumentación de la parte demandada, pues era palpable la esencia de lo que se pedía. También queda claro que no es posible la analogía entre el derecho de disposición sobre el cadáver y las normas sucesorias por no haber identidad de razón, pero por otro lado tenemos un indicativo, de que en nuestro derecho existe un consenso moral en cuanto a que los hijos se encuentran entre los más próximos parientes y en situación de igualdad, y que si existiera cónyuge supérstite se ubicaría en igual posición.

El juez tenía la obligación de indagar si existían otras normas que se pudieran tomar como referente, porque de haberlo hecho las hubiera encontrado. Resulta que se hubiera podido aplicar la analogía a las normas que regulan la cremación y que están contenidas en el Reglamento General sobre Manipulación de Cadáveres y Restos Humanos, el cual al disciplinar esta materia establece un catálogo de sujetos legitimados y en su artículo 39 reconoce en primer lugar a la persona en vida y en segundo lugar a los familiares, y en el 2 inciso d) establece que los familiares son el cónyuge y los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo

48 La SAP de Cantabria (Sección 2ª) 15 abril 2015 (JUR 2015, 274454) refleja esta idea: "Por lo demás, es claro que el hecho de adoptarse al tiempo del fallecimiento alguna decisión al respecto, como es imperativo, no obsta a que con posterioridad pueda alterarse y procederse a un traslado de restos, no cabiendo encontrar más limite a tal facultad de los familiares legitimados que el respeto debido a los difuntos y los demás familiares vivos, evitando desde luego alteraciones caprichosas o debidas a móviles espurios que sean manifestación de un abuso de derecho (art. 7 CC)". En igual sentido o similar pueden verse las sentencias precedentes en fecha: SAP de Burgos (Sección 2ª) 17 enero 2000 (AC 2000, 505), SAP de Madrid 15 marzo 2006 (JUR 2006, 148962); SAP de Alicante (Sección 9ª) 11 octubre 2012 (AC 2013, 337).

49 La SAP de Asturias (Sección 4ª) 29 enero 2010 (JUR 2010, 104516) es reflejo de este punto de vista: "Así las cosas la resolución del litigio debe realizarse mas en base a criterios de equidad y usos sociales, que en base a una regulación jurídico positive (...)".

de afinidad. Existe un pronunciamiento en nuestro ordenamiento jurídico, pero que lamentablemente no es suficiente para determinar una prioridad, además de mezclar familiares de diverso grado, lo cual lleva de nuevo a que el juzgador tome partido y cree la solución sobre la base de lo que he expuesto en los párrafos que preceden. Si gurada razón el actor cuando dice que la decisión de la preferencia queda al arbitrio judicial.

Desdichadamente en nuestro caso, la mirada no la podemos dirigir al derecho de familia, en cambio en el Derecho español sí, al contar su Código Civil con el artículo 1894 en relación con el 143; mientras que en Cuba no existe pronunciamiento legal con respecto a quienes les corresponden los gastos funerarios, quizás debido ello a la gratuidad que caracteriza el servicio, salvo en los últimos años en orden a disponer la cremación<sup>50</sup>.

Por último se debe reflexionar sobre la remisión que hace la sentencia de casación a la autoridad administrativa como competente para solucionar la litis. Ello a mi modo de ver refuerza la tesis que vengo sosteniendo de que la sentencia del Tribunal Supremo deja al justiciable en estado de indefensión y le ocasiona un daño moral. Se debe tener en cuenta que cuando se presenta la demanda, entre los fundamentos de hechos que fueron alegados y que fueron narrados en la sentencia de instancia, en su primer resultando se expresa:“(...) por el conflicto presentado ante las autoridades del cementerio por algunos familiares (...), que pretendían realizar la exhumación y trasladar los restos hacia la localidad de Cartagena, cosa a la que se opuso su representado, dirigiéndose en queja a la Empresa Provincial de Servicios Comunes de Cienfuegos, y en particular al área de Servicios Necrológicos, quienes ante la ausencia de una norma administrativa para solucionar el conflicto y definir el derecho preferencial a persona alguna para decidir sobre el destino de los restos, respondió con una prohibición de exhumarlo, hasta tanto una autoridad judicial lo definiera<sup>51</sup>”.

Como se puede apreciar, sobre esto la administración se había pronunciado en sentido negativo, ante la falta de acuerdo de los familiares, ante la ausencia de una norma jurídica aplicable para determinar quien tiene la prioridad y ante su imposibilidad funcional de administrar justicia y crear una solución distinta. Y expresamente al darle respuesta al quejoso clama porque el órgano jurisdiccional intervenga y se pronuncie como autoridad competente para conocer el asunto.

50 Al respecto podemos citar la SAP de Pontevedra, 9 diciembre 1998 (AC 1998, 2483) que es del tenor siguiente: “El art. 1894, párrafo segundo, del Código Civil, aplicado análogicamente al caso contemplado, nos lleva a dar preferencia al cónyuge viudo sobre los padres del fallecido. Parece lógico que si el precepto citado impone la obligación de satisfacer los gastos funerarios del difunto a aquellos que en vida habrían tenido la obligación de alimentarle, y el art. 143, núm. 1, establece como primer obligado al cónyuge, con preferencia sobre los ascendientes y descendientes del alimentista, habrá que entender entonces, de manera análoga, que es también al cónyuge, primer alimentante, a quien corresponde el derecho sobre los restos mortales del difunto”. Así mismo se puede consultar la SAP de Ourense (Sección 2ª) 28 marzo 2005 (JUR 2005, 94646).

51 Sentencia número 80 de 30 de diciembre de 2015, Sala de lo Civil, Administrativo y Laboral del Tribunal Provincial de Cienfuegos, República de Cuba.



Este particular es ignorado por la sentencia de instancia y se agrava a la máxima expresión con el razonamiento y consecuente fallo vertido en la que da respuesta a la casación. De esta forma el Tribunal desconoce sus obligaciones y los principios que deben regir la administración de justicia y devuelve el problema a un ente que se ha declarado incapaza de resolverlo, como de hecho resulta serlo en la práctica.

Incorrectamente amparan el desacierto de la acción ejercitada por la parte actora en que la cuestión que se ventila es competencia de la administración. Queda claro que las normas que rigen las actuaciones de los cementerios, la posibilidad de inhumar, exhumar y trasladar están regidas por normas de carácter administrativo, que van encaminadas principalmente al buen funcionamiento de los mismos y a sentar pautas que tutelan la salud pública y enmarcan determinados límites en los que se desenvuelve este derecho. Pero no se puede desconocer que el derecho de disposición sobre el cadáver en cuanto a su configuración, contenido, naturaleza, sujetos legitimados o prioridades, le corresponde al derecho civil y que además es exclusivo de los Tribunales Populares en Cuba la potestad de administrar justicia<sup>52</sup>.

Además es certero precisar, que el Tribunal Supremo, que al parecer indagó un poco más en nuestro ordenamiento jurídico, que descubrió el artículo 72 del Reglamento General sobre Manipulación de Cadáveres y restos Humanos, y que lo ofrece en su sentencia como si fuera la fórmula mágica para zanjar la cuestión, ignora que el mismo lo que da lugar es a que se cree un círculo vicioso que pudiera llevar interminablemente al demandante del cementerio al tribunal, pues dicho precepto si bien reconoce el derecho a exhumar un cadáver, queda desbordado ante un conflicto de esta naturaleza, al sólo mencionar que podrá ser solicitado por la parte interesada, pues no prevé que hacer cuando existe más de una parte interesada con iguales derechos y con intereses encontrados.

Entonces, ante una nueva negativa, que sería la conducta que adoptaría la administración como ya dejé advertido, quedaría vedado el acceso a que el órgano de justicia conociera el fondo del asunto, pues la sentencia que en su día se dictó y que ahora se comenta goza del efecto de la cosa juzgada, y aunque el letrado, reformulara los fundamentos de derecho y los ubicara acertadamente hacia aquellos que guardan relación con la naturaleza del cadáver y el derecho que sobre éste

52 En este sentido puede servir de ejemplo la SAP de Pontevedra 9 diciembre 1998 (AC 1998, 2483) que razona de la siguiente manera: "Aunque no ha sido cuestionado por las partes litigantes, la Sala se ha planteado, en primer término, el problema relativo a si es la Jurisdicción ordinaria, o por el contrario, la contencioso-administrativa, la competente para enjuiciar y decidir sobre la pretensión de la actora, y que no es otra que la relativa a quién corresponde decidir sobre el traslado de un cementerio a otro del cadáver se su esposo, bien a ella, bien a los demandados, padres del fallecido. Problema que ha de ser resuelto en el primer sentido, pues una cosa son la naturaleza de dominio público de los cementerios municipales y las prerrogativas que los Ayuntamientos poseen en materia de policía mortuoria, cuestiones de indudable naturaleza pública, que aquí no se discuten ni ventilan, y otra muy distinta son las controversias que se suscitan entre los particulares sobre el dominio, con la facultad de disposición que lo integra de los restos mortuorios, o sobre el derecho de enterramiento, materias éstas que por no afectar a aquel dominio público, ni a aquellas prerrogativas municipales, son de la competencia de la Jurisdicción civil".

recae, no sería suficiente, pues el Tribunal de Instancia y el Supremo son del criterio de que es una cuestión que se debe resolver al amparo del artículo 72 por parte de la administración del cementerio, que como quedó demostrado nada resuelve.

Soy del criterio de que a través de estas resoluciones queda vulnerado el ejercicio del derecho de disposición sobre el cadáver en su faceta familiar; así como la memoria pretérita del finado con el consiguiente daño moral que las mismas suponen para el justiciable al dejarlo en estado de indefensión. Como se ha podido apreciar a lo largo de estas líneas, la incapacidad del ordenamiento jurídico cubano para tutelar este derecho trasciende la existencia de una adecuada o inadecuada estructura defensiva en la norma sustantiva y procesal para este tipo de derechos, para entrelazarse con el hecho de que el derecho sea reconocido expresamente, con que se regule quienes son los sujetos legitimados para disponer; que preferencias pueden existir entre ellos y se une a la vez de la mano con la ausencia de una cultura jurídica sobre el tema por parte de los operadores del derecho, dígame abogados y jueces, resultando más grave en el caso de estos últimos, que asumieron una aptitud pasiva, inhábil para acceder a sus máximas de la experiencia (quizás por carecer de ellas), incapacidad de hacer uso de alternativas y soluciones creativas, que si bien no son fáciles de alcanzar; tampoco resultan quiméricas y la ley ritual los ampara en tales extremos.

Una lección más de la necesidad de estudiar constantemente y mantenernos actualizados, de tener un pensamiento jurídico abstracto y no cesar en la búsqueda constante de tutela para los derechos civiles de las personas en nuestra sociedad, que es a quienes nos debemos, siguiendo siempre la máxima de nuestro apóstol José Martí, de que la ley primera de la República Cuba sea el culto de todos los cubanos a la dignidad plena del hombre<sup>53</sup>.

## V.A MODO DE CIERRE.

Se puede decir que el derecho de disposición sobre el cadáver se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico, reconociéndose la mayoría de las posibilidades de actuación que el mismo contiene, sin embargo, la deficiente técnica

53 Y resulta atinado traer a colación la SAP de León (Sección 1ª) 8 junio 2001 (AC 2001, 1502) que se pronuncia así: "Ciertamente atípica la pretensión que se somete a decisión judicial, y al margen de las implicaciones de carácter administrativo que supondría la exhumación y traslado del cadáver de doña Oliva Concepción, de un lugar a otro, lo cierto es que esta Sala debe acoger el acertado criterio adoptado por el Juzgador «a quo», que excluye absolutamente el carácter patrimonial de la cuestión litigiosa, y resuelve conforme al principio del respeto a la voluntad de la ahora fallecida en ámbitos tan personales como nos ocupa, y en su defecto, el respeto de la voluntad de los familiares con los que doña Oliva Concepción tenía una relación más estrecha con anterioridad al momento de su fallecimiento. Y es que, en efecto, a falta de otras disposiciones positivas sobre la materia, dicho principio al que acude el Juez que dicta la Sentencia recurrida ha de ser reconducido al respeto de la dignidad humana, que, conforme al artículo 10-1 de la Constitución (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875), conforma uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, y que incluso trasciende de una persona ya fallecida a través de aquellos con quienes antes de su muerte ha mantenido los vínculos más estrechos de unión y afectividad".

jurídica empleada por el legislador; así como la dispersión normativa imperante, y la insuficiente protección que se le brinda en el orden sustantivo y procesal civil, dificultan la eficaz solución de las problemáticas que pueden acontecer; obstaculizando una realización más plena del derecho objeto de estudio; en consonancia con el respeto a la última voluntad del finado y a su memoria pretérita.

No se debe ver sólo la protección a los derechos como la posibilidad de reclamar ante las violaciones o lesiones a los mismos, sino la posibilidad de que estos se desarrollen en situación de paz y cumplan su cometido. Cuando las legislaciones son débiles en ello, el profesional del derecho, el estudioso y el operador jurídico en general debe ser capaz de ser creativo y buscar los mecanismos que permitan aminorar esas imperfecciones, en tanto y en cuanto no ocurra una modificación legislativa. No obstante, cuando eso no se logra, es necesario transformar las normas existentes.

Las anteriores líneas buscaban reflexionar sobre estas cuestiones en aras de inquirir posibles modificaciones legislativas, pero sin desconocer, que aún y cuando la norma lograra ser ideal, no puede ser suplantada la labor humanista que realizan los profesionales del derecho y que debe acentuarse en esta sede donde se intenta defender un derecho despojado de contenido patrimonial y que en la mayoría de los casos su vulneración no admite una reparación *in natura* del daño causado.

## VI. BIBLIOGRAFÍA.

ABBOUD CASTILLO, N. L., PÉREZ GALLARDO, L. B.: "Las donaciones de órganos y tejidos. Status legal", en AA.VV.: *Bioética desde una perspectiva cubana* (coord. por J. R. ACOSTA SARRIEGO), Publicaciones Acuario, La Habana, 2007.

BAÑEGIL ESPINOSA, M.A.: "Los Derechos de la Personalidad", en AA.VV.: (coordinador general J. F. DELGADO DE MIGUEL), *Instituciones de Derecho Privado*, tomo-I, *Personas*, volumen 2, Thomson-Cívitas, Madrid, 2003.

CASAS MARTÍNEZ, M. de la L.: "La experiencia del cuerpo propio", en AA.VV.: *Diccionario Latinoamericano de Bioética* (coord. por J. TEALDI), Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y Universidad Nacional de Colombia, Colombia, 2008.

CHAVES DE FARIAS C. - ROSENVALD N.: *Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB*, Juspodium, Salvador-Bahia, 2017.

CIFUENTES, S., *Derechos Personalísimos*, Astrea, Buenos Aires, 1995.

COBAS COBIELLA, M. E.: "Protección Post Mortem de los derechos de la personalidad. Tratamiento jurisprudencial del tema", en AA.VV.: *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* (coord. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson-Aranzadi, Navarra., 2007.

DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN A.: *Sistema de derecho civil, Volumen I, Introducción, Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, Tecnos, Madrid, 1992.

ESPINOZA ESPINOZA, J.: *Derechos de las Personas*, Hullaza, Lima, 2001.

MONTÉS PENADÉS V. L.: "El Patrimonio y los elementos patrimoniales", en AA.VV.: *Derecho Civil Parte General*, (coord. por A. LÓPEZ-V. L. MONTÉS), Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

MONTÉS RODRÍGUEZ, P.: "El Patrimonio", en AA.VV.: *Derecho Civil I (Derecho de la Persona)*, (coord. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

PÉREZ GALLARDO, L. B. *Código Civil de la República de Cuba, Ley No.59/1987 de 16 de julio. Anotado y Concordado*, Ciencias Sociales, La Habana, 2011.

VALDÉS DÍAZ, C. del C.: "Relación jurídica civil", en AA.VV.: *Derecho Civil. Parte General*, (coord. por C. C. VALDÉS DÍAZ), Félix Varela, La Habana, 2002.

INTERÉS PÚBLICO INFORMATIVO Y MINUSVALORACIÓN DEL  
DERECHO A LA IMAGEN DE UN POLÍTICO EN CHILE

FAIR COMMENT AND LESS PROTECTION TO THE RIGHT TO  
ONE'S OWN IMAGE OF A POLITICIAN IN CHILE

*Rev. Boliv. de Derecho* N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 110-143

\* El autor agradece las críticas y sugerencias efectuadas con ocasión de la revisión y arbitraje a la presente investigación.



Jorge  
AILLAPÁN  
QUINTEROS

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 4 de abril de 2017.

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de junio de 2017.

**RESUMEN:** En Chile, prevalece la tesis que dice que el derecho a la imagen de los “personajes públicos” merece menor protección que la dispensada a las personas comunes, máxime si en la difusión de informaciones y retratos, que los involucren, concurre un “interés público”. A partir de la implicancias de un caso que afectó a un candidato a la presidencia de la República, nuestra conclusión es que la atávica comprensión del retrato de personas impide dar debida solución a fenómenos propios de la era digital ya que todas las cuestiones jurídicas involucradas terminan reducidas solamente a una ponderación entre el derecho fundamental a la vida privada del efigiado y el “interés público” que llevaría implícito la libertad de expresión.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho a la imagen, libertad de retrato, patrimonialidad, personaje público, libertad de expresión, interés público.

**ABSTRACT:** In the Chilean law, the thesis prevails that the “public figures” have a significantly diminished right to one’s own image than others, more so if a “public interest” is involved in the dissemination of news, information or portraits. Based on the case that affected a candidate for the presidency of the Republic of Chile, our conclusion is that the outdated understanding of creating portraits prevents a proper solution to typical phenomena of the digital and information age, since all the legal issues involved end up reduced only to balancing test between the fundamental right to privacy versus the contribution to a debate of “general interest”.

**KEY WORDS:** Right to one’s own image, freedom portrait, pecuniary rights, public figures, freedom of expression, public interest.

**SUMARIO.-** I. CONSIDERACIONES PREVIAS.- II. PATRIMONIALIDAD Y TRAFICABILIDAD DEL DERECHO A LA IMAGEN.- III. “PERSONAJES PÚBLICOS” Y MINUSVALORACIÓN DE SU DERECHO A LA IMAGEN.- 1. La imagen como un aspecto más de la privacidad de las personas. Críticas.- 2. Minusvaloración del derecho a la imagen de los “personajes públicos”.- 3. Los “personajes públicos” como categoría subjetiva.- IV. EL INTERÉS PÚBLICO INFORMATIVO COMO JUSTIFICACIÓN DE LA AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN.- 1. El “interés público informativo” como límite a los derechos fundamentales.- 2. Redes sociales digitales y redefinición de los medios de comunicación social.- 3. Críticas al interés público como elemento exclusivo y excluyente de la libertad informativa.- V. CONCLUSIONES.- VI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Debemos aclarar previamente por qué el análisis que ofrecemos gira en torno al instituto del derecho a la propia imagen, no obstante que la decisión judicial -de la que nos valemos hoy para presentar nuestra tesis<sup>1</sup>- transita únicamente sobre la mayor o menor afectación del derecho a la vida privada del recurrente. Técnicamente, en el caso “Paga Marcel paga”, la cuestión de fondo estaba referida al incumplimiento de un contrato sobre cesión de derechos de imagen y creación de obra audiovisual, de manera que al tribunal superior le correspondía decidir sobre la afectación de los derechos fundamentales reclamados, por el político chileno, en atención a las posibilidades de ejercicio de los derechos de autor reconocidos a la empresa en el contrato, no obstante que la resolución de la cuestión de fondo se entregara a la jurisdicción civil. En un principio, así lo estimó la Corte de Apelaciones de Santiago declarando inadmisibles las acciones de protección, aunque sin pronunciarse sobre la afectación de los derechos fundamentales reclamados por el recurrente<sup>2</sup>. Tras el recurso de reposición interpuesto por éste, el tribunal admitió a tramitación dicha acción<sup>3</sup> aunque -y reconociendo nuevamente la existencia de un contrato oneroso entre las partes- solo se abocó a determinar si los datos privados comerciales o información alfanumérica del candidato presidencial, comunicada públicamente a través del portal Youtube, poseía el suficiente “interés público” informativo para justificar la prevalencia de la libertad de expresión por sobre la privacidad de aquel.

1 Nos referimos al fallo del recurso de protección acaecido en *Claude con La Toma*: Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de febrero de 2014, causa rol N° 146.986-2013. Ante la opinión pública, este caso es conocido como “Paga Marcel paga”.

2 La inadmisibilidad fue declarada por la Corte el 19 de diciembre de 2013.

3 El día 2 de enero de 2014.

### • Jorge Aillapán Quinteros

Abogado, Universidad de Concepción. Diplomado en Propiedad Intelectual, Universidad de Chile. Becario CONICYT y candidato a Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: Freire 480-C, Penco, VIII región, Chile. Correo electrónico: abogad@allapan.cl.



En otras palabras, el tribunal soslayó verificar si de los antecedentes aportados, tanto en el recurso como en el informe de recurrida, ésta se encontraba autorizada para comunicar públicamente -en la forma que se le reprochaba- no solo dicha información alfanumérica sino, ante todo, los retratos del recurrente y, en consecuencia, si con dicha acción afectaba ilegítimamente el derecho fundamental a la imagen de éste, sin perjuicio de entregar la ulterior resolución del contrato oneroso a los jueces de fondo. La Corte -a nuestro juicio, en un rotundo error- solo optó por acudir al estándar del "interés público" para decidir que la conducta de la empresa recurrida no merecía reproche jurídico alguno, más aun si el recurrente era un "personaje público" pues, y ante el ordenamiento jurídico chileno, la protección de la intimidad e imagen de estos se estima ha de ser más reducida que la de una persona ordinaria.

Según la parte expositiva del fallo, los hechos fueron los siguientes:

a) El recurrente contrató los servicios audiovisuales de la recurrida a fin de que creara una serie de videos destinados a ser exhibidos en la "franja electoral presidencial", transmitida por la Asociación Nacional de Televisión de Chile (ANATEL), durante el segundo semestre del año 2013. Tras mutuas acusaciones de incumplimientos, la recurrida no solo abandonó su labor sino que, además, utilizó parte de las imágenes en la creación de una nueva obra audiovisual -titulada "Paga Marcel paga"- subida al portal de vídeos Youtube con el objeto de denunciar que el recurrente no había pagado la totalidad de los servicios contratados, cuestión que originó la presentación del recurso de protección por parte de éste<sup>4</sup>.

b) Mediante la acción, el recurrente pretendía obtener amparo para su derecho a la propia imagen, fundando su petición en los numerales 4 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política, esto es, como integrante del derecho a la vida privada y del derecho de propiedad, en cuanto bien incorporal. Paralelamente, solicitó amparo a su derecho al debido proceso y, de esa manera, evitar el uso de Youtube como "medio de presión para obtener el pago de una supuesta deuda", según se lee en la parte expositiva de la sentencia.

c) Como peticiones concretas, el recurrente solicitó a la Corte "bajar" el video de Internet y, además, que la recurrida publicara la sentencia que acogiera el recurso de protección.

## II. PATRIMONIALIDAD Y TRAFICABILIDAD DEL DERECHO A LA IMAGEN

En el caso "Paga Marcel paga" la Corte de Apelaciones de Santiago tuvo la oportunidad de pronunciarse prácticamente sobre todos los aspectos involucrados

<sup>4</sup> El video en cuestión está disponible en: <[https://www.youtube.com/watch?v=Pg-wPscNZNk&ytbChannel=Franja%20Prohibida%20\(oficial\)](https://www.youtube.com/watch?v=Pg-wPscNZNk&ytbChannel=Franja%20Prohibida%20(oficial))>, visto el 20 de marzo de 2017 a las 17:50 horas de Chile continental.

en el estudio del derecho fundamental a la propia imagen. Y aunque reiteró la tesis que incluye a éste dentro del derecho a la vida privada, especial análisis merece lo relativo a sus posibilidades de ejercicio.

Se ha manifestado ya que, en Chile, la calificación del derecho a la propia imagen como personalísimo o fundamental no es una mera cuestión terminológica, toda vez que trasciende hasta su posibilidad de tráfico o comercio, en el ámbito patrimonial<sup>5</sup>. En este sentido, si los derechos personalísimos son -por definición- extrapatrimoniales<sup>6</sup> aquel no debiera ser incluido en esta categoría pues el mismo Derecho positivo chileno le reconoce expresamente patrimonialidad y traficableidad, por ejemplo, en el Código del Trabajo<sup>7</sup>, en la ley N° 19.039 sobre Propiedad industrial<sup>8</sup>, además de las normas y principios que regulan los servicios prestados por retratistas -pintores, dibujantes, fotógrafos, camarógrafos, cineastas, etcétera- y que están recogidos en el Código Civil<sup>9</sup> o en la ley N° 17.336, sobre Propiedad intelectual<sup>10</sup>. Sin embargo, la

- 5 Vid. AILLAPÁN QUINTEROS, J.: "Derecho a la propia imagen: ¿derecho personalísimo?, ¿derecho fundamental? Precisiones terminológicas para el ordenamiento jurídico chileno", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, n. 2, 2016, pp. 435-462. No obstante, últimamente DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria", *Revista Boliviana de Derecho*, n. 23, 2017, pp. 59-60 y 63, ha propuesto que los "derechos fundamentales" y los "derechos de la personalidad" constituyan una categoría única y transversal. En cuanto trasunto de la distinción Derecho Público/Derecho Privado, para este autor resulta una dicotomía innecesaria, entre otras razones, porque hacen referencia a la misma realidad, porque el efecto horizontal de los derechos fundamentales tiene amplia acogida en la dogmática y, en definitiva, porque los tribunales siempre habrán de reparar las infracciones reclamadas por la personas.
- 6 Nosotros seguimos aquella doctrina que define a los "derechos de la personalidad" precisamente por su imposibilidad de tráfico y comercio, de ahí que la terminología "derechos extrapatrimoniales" resulte más expresiva y comprensiva de aquella categoría, vid. GUZMÁN BRITO, A.: *Las cosas incorpóreas en la doctrina y en Derecho positivo*, segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 55. Recientemente, LARRAÍN PÁEZ, C.: "Responsabilidad civil por vulneración del derecho a la imagen: análisis comparado y propuestas para el Derecho chileno", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 26, 2016, pp. 131-132 ha reafirmado esta tesis, señalando que el derecho a la imagen es un derecho de la personalidad, de carácter extrapatrimonial asimilable, precisamente, con el derecho a la vida privada y no con el derecho de propiedad. Para otros autores chilenos, en cambio, es lo "personalísimo" lo que define a los "derechos de la personalidad", entendiendo por "personalísimo" una cualidad exclusiva y excluyente de los seres humanos, razón que explica la negación del derecho a la propia imagen en las personas jurídicas o morales, vid. FERRANTE, A.: "La protección a la imagen y su materialidad en el ordenamiento chileno", *Revista Boliviana de Derecho*, n. 23, 2017, p. 137.
- 7 Así, en el artículo 145-I: "El uso y explotación comercial de la imagen de los trabajadores de artes y espectáculos, para fines distintos al objeto principal de la prestación de servicios, por parte de sus empleadores, requerirá de su autorización expresa. En cuanto a los beneficios pecuniarios para el trabajador, se estará a lo que se determine en el contrato individual o instrumento colectivo, según corresponda". El artículo 152 bis F ofrece una redacción similar respecto al derecho a la imagen de los deportistas y profesionales que desempeñan actividades conexas. A partir de esta regulación, FERRANTE, A.: "La protección", cit., p. 146, propone que la normativa laboral chilena solo reconoce un "derecho de uso de explotación" de la imagen, lo que implica que "el trabajador no posee derecho a la propia imagen a lo largo de su actividad laboral". Sin embargo, no compartimos esta interpretación básicamente porque -a nuestro juicio- lo que hace el legislador es reconocer un caso especial de tráfico y comercio de los derechos de imagen, pero y ante todo, porque el constituyente chileno no ha establecido excepción o restricción alguna ni, mucho menos, ha habilitado al legislador para limitar el derecho a la propia imagen de los trabajadores asalariados.
- 8 Señala el artículo 20, en su letra c), que no podrán registrarse como marcas "el nombre, el seudónimo o el retrato de una persona natural cualquiera, salvo consentimiento dado por ella o por sus herederos, si hubiera fallecido". Es decir, el retrato de una persona puede registrarse como una marca comercial en Chile, ya por ella misma, ya por un tercero que obre en virtud de un contrato de "cesión de derechos de imagen".
- 9 Particularmente los artículos 2006 y siguientes que regulan el arrendamiento de servicios inmateriales.
- 10 Como, por ejemplo, el artículo 34 que señala: "corresponde al fotógrafo el derecho exclusivo de reproducir, exponer, publicar y vender sus fotografías, a excepción de las realizadas en virtud de un contrato, caso en el cual dicho derecho corresponde al que ha encargado la obra, y sin perjuicio de lo que establece el N° 1) de la letra c) del artículo 24./ La cesión del negativo o del medio análogo de reducción de la fotografía, implica la cesión del

dogmática chilena, aun reconociéndole patrimonialidad y traficableidad al derecho a la imagen, se rehúsa a negarle su naturaleza extrapatrimonial y, así, ha terminado justificando su posición mediante la tesis que afirma que éste presentaría dos aspectos o facetas, es decir, que es un derecho “bipolar” o “bifronte”<sup>11</sup>. Bajo este prisma, la faceta “negativa” o “extrapatrimonial” habilitaría a toda persona para impedir que terceros creen retratos de ella, sin contar con su autorización previa, aspecto que contaría con pleno amparo constitucional. En cambio, la faceta “positiva” o “patrimonial” habilitaría a lucrar con la imagen, aunque solo a ciertas personas y, además, no formaría parte del contenido protectivo del derecho fundamental a la propia imagen<sup>12</sup>.

En el caso de estudio, podemos identificar dos momentos en que la Corte -implícitamente, al menos- le reconoce traficableidad y patrimonialidad al derecho a la imagen. El primero corresponde a la declaración de inadmisibilidad del recurso, presentado por el candidato presidencial Marcel Claude, señalando que: “[l]os hechos descritos sobrepasan los márgenes del recurso de protección, toda vez que ellos dicen relación con la existencia de un contrato con la recurrida, cuestión que debe ser debatida, probada y resuelta en el procedimiento judicial que corresponda (...)”. Posteriormente, en el fallo mismo del recurso, la Corte volvió a pronunciarse sobre dichas cualidades, llegando incluso a calificar los alcances de la convención ocurrida entre las partes. En efecto, y probado que “no se completó la ejecución del contrato”<sup>13</sup>, el tribunal fue indebidamente más allá especulando y calificando respecto a la propiedad de dichas imágenes o, mejor -y técnicamente-, respecto a la titularidad de los derechos de autor sobre la obra audiovisual encargada: “al margen de cuál haya sido la finalidad con que fueran entregadas, lo cierto es que las imágenes captadas de don Marcel Claude no se obtuvieron en forma subrepticia. Antes bien, se trata de grabaciones que siempre estuvieron destinadas a su difusión

---

derecho exclusivo reconocido en este artículo”. En Chile, el reconocimiento de patrimonialidad y traficableidad, en el derecho a la imagen, es una doctrina incipiente, aunque poco consistente y hasta confusa. Por ejemplo, FERRANTE, A.: “La protección”, cit., pp. 145 y 158, reafirmando dichas cualidades -incluso respecto al comercio de datos personales- sostiene que lo que regulado en el artículo 34 de la ley N° 17.336 no sería un verdadero derecho a la imagen, sino “otra exteriorización del derecho de propiedad intelectual”.

- 11 Vid. NOGUEIRA ALCALÁ, H.: “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización”, *Revista Ius Et Praxis*, año 13, n. 2, 2007, p. 275. La doctrina iberoamericana, en general, tiende a identificar dicha cualidad “bifronte” del derecho a la imagen con las categorías *right to privacy* y *right to publicity* creadas, al amparo del Derecho estadounidense, para regular el ejercicio extrapatrimonial y patrimonial, respectivamente, del derecho a la propia imagen. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Los derechos”, cit., pp. 85 y ss., reconociendo que éstas últimas han sido también la base de la distinción entre el “aspecto civil” y el “aspecto constitucional” de éste, rechaza su incorporación al sistema español pues el derecho a la propia imagen, de acuerdo a la L.O. 1/82 de 5 de mayo, es indisponible y solo moralmente indemnizable.
- 12 En general, dicho aspecto, solo se reconoce a aquellas personas que “lucran” con su imagen tales como modelos o celebridades, vid. NOGUEIRA ALCALÁ, H.: “El derecho”, cit., pp. 272-274. Para España, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Los derechos”, cit., p. 70, sostiene que la aparente patrimonialidad y traficableidad reconocida al derecho a la imagen (artículo 2.2 de la L.O. 1/82 de 5 de mayo), solo implica que el consentimiento dado por la persona, a un tercero, es una autorización en la intromisión de su derecho, excluyendo la antijuricidad en la conducta de éste último. En otras palabras, y aunque en la convención haya existido un pago en dinero, no se generará un contrato oneroso ni un acto de disposición desde que el derecho a la imagen es un derecho indisponible (artículo 1.3 de la L.O. 1/82 de 5 de mayo), es decir, “res extra commercium”.

- 13 Considerando 2°.

pública y en el contexto de una campaña política. Quien así lo hace, una vez que las grabaciones son publicadas por los medios de comunicación social, no puede pretender una exclusividad sobre ellas, menos aún si se considera que -en último término- son objeto de financiamiento con cargo al erario nacional”<sup>14</sup>.

Efectivamente, entre recurrente y recurrido, tuvieron lugar juicios -civiles<sup>15</sup> y penales<sup>16</sup>- destinados a resolver la señalada disputa contractual, de manera que a priori podríamos calificar de acertada la resolución de la Corte, máxime si el objetivo del recurso de protección no es resolver esas cuestiones<sup>17</sup>. Pero no, pues igualmente se pronunció sobre los alcances del contrato de cesión de derechos de imagen y creación de obra audiovisual, con lo cual no solo excedió de sus funciones sino que, además, realizó una antojadiza calificación jurídica de los hechos. El principal error del tribunal fue confundir las disputas patrimoniales subyacentes con el reclamo de afectación de derechos fundamentales alegado por el recurrente, esto es, su garantía al debido proceso y el amparo de su derecho a la propia imagen. Huelga decir que dicho error deriva de la incomprensión del hecho que a la creación de retratos concurren, necesaria y simultáneamente<sup>18</sup>, dos estatutos jurídicos: el derecho a la propia imagen del efigiado y la propiedad intelectual sobre la obra<sup>19</sup>, por eso la asertividad de la célebre frase que afirma que constituyen “dos caras del mismo fenómeno”<sup>20</sup>, constatación que obliga al juzgador -enfrentado al amparo constitucional del derecho a la propia imagen- a determinar previamente quién es el titular de los derechos de autor sobre un retrato y, a partir de ahí, resolver si se trata de una afectación ilegítima a aquel derecho fundamental, al margen de las responsabilidades civiles, penales o administrativas que puedan perseguirse en sede legal, metodología que en más de alguna oportunidad han aplicado nuestros tribunales ordinarios: “[e]stablecido lo anterior resulta indispensable analizar a quien pertenece la fotografía del actor que se utilizó en el reportaje de la revista (...) puesto que ello ha de determinar a quién correspondía autorizar su publicación, sin

---

14 Considerando 8°.

15 Nos referimos al juicio ordinario, sobre resolución de contrato e indemnización de perjuicios, caratulado *Claude Reyes con Producciones y Talleres la Toma*: 26° Juzgado Civil de Santiago, rol n. C-20.560-2013. La demanda fue ingresada el 18 de diciembre de 2013.

16 Nos referimos a la querrela, por giro doloso de cheques, caratulada *Producciones y Talleres la Toma con Claude Reyes*: 4° Juzgado de Garantía de Santiago, rol interno del tribunal n. O-2262-2014. La querrela había sido ingresada, el 4 de marzo de 2014, ante el 7° Juzgado de Garantía de Santiago, pero fue conocida por aquel tribunal debido a la declaración de incompetencia de este último.

17 Esto lo reafirmaría, la Corte, en el considerando 1° del posterior fallo: “(...) el pronunciamiento que ha de recaer en ella no versa sobre la resolución de las disputas contractuales y crediticias sostenidas por la partes. Al ser así, cabe desechar la alegación de improcedencia planteada por la recurrida”.

18 Pero manteniendo su autonomía, es decir, dichos estatutos no se “fusionan” como erradamente sostienen algunos autores, vid. FERRANTE, A.: “La protección”, cit., pp. 137 y 145.

19 El video u obra audiovisual, en este caso.

20 CIFUENTES, S.: *Derechos personalísimos*, segunda edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 522.

perjuicio de dejarse consignado desde ya que la imagen pertenece obviamente al actor'<sup>21</sup>.

Lamentablemente aquello no ocurrió, pues para la Corte lo único relevante era que dichas imágenes no se habían obtenido "en forma subrepticia", en el entendido que no se había violado la intimidad del recurrente. ¡Total confusión!, pues reconociendo que existía un contrato bilateral no atendió a él, pero sí se abocó a determinar las posibilidades de actuación de la recurrida. Todavía más, pues al no existir infracción a la intimidad del candidato presidencial, el tribunal consideró irrelevante atender a "la finalidad con que fueran entregadas" las imágenes, máxime si "siempre estuvieron destinadas a su difusión pública y en el contexto de una campaña política", pues "quien así lo hace, una vez que las grabaciones son publicitadas por los medios de comunicación social, no puede pretender una exclusividad sobre ellas". Sin embargo, sirviéndonos de la experiencia comparada, podemos constatar que la forma en que se obtienen y trafican las imágenes infractoras si trascienden al momento de brindar amparo al derecho fundamental a la imagen. Así ocurrió en un par de conocidos casos, juzgados en España, que enfrentaron al Tribunal Supremo con el Tribunal Constitucional respecto a si la ilicitud en la obtención de las imágenes, por parte del medio de comunicación, condicionaba el ejercicio legítimo de la libertad de información. En aquellos casos las fotografías fueron captadas con el consentimiento de los efigiados, pero se hicieron llegar a los medios de comunicación sin su anuencia -o sea, de forma subrepticia- antecedente que para el Tribunal Supremo resultaba irrelevante, no así para el Tribunal Constitucional que calificó aquellas como documentos personales, privados y reservados, aun si los retratados eran personajes públicos, brindándole amparo al derecho a la imagen de éstos<sup>22</sup>. Pues bien, mismo procedimiento y razonamiento debió de haber aplicado la Corte de Apelaciones de Santiago, pues si la recurrida no estaba contractualmente autorizada para comunicar públicamente las imágenes, mal podría justificarse su conducta, incluso si el video había sido creado con el consentimiento del candidato presidencial<sup>23</sup>.

La otra cuestión controvertida dice relación con la actitud de la Corte en orden a justificar el comportamiento de la recurrida en el hecho que nadie puede pretender exclusividad sobre las grabaciones, por estar destinadas a su difusión pública por los medios de comunicación y en el contexto de una campaña política, "menos

21 *Bustamante con Editorial Televisa*: 20° Juzgado Civil de Santiago, 28 de agosto de 2001, rol n. 3385-2000, considerando 13°, disponible en el portal <www.pjud.cl>, visto el 8 de junio de 2017 a las 16:30 horas de Chile continental.

22 Seguimos el relato de los casos efectuados en DE LA IGLESIA CHAMARRO, A.: "El derecho a la propia imagen de los personajes públicos. Algunas reflexiones a propósito de las SSTC 139/2001 (caso Cortina) y 83/2002 (caso Alcocer)", *Revista española de Derecho constitucional*, año 23, n. 67, 2003, pp. 288, 291, 294 y 311-312.

23 Previendo que se trata de un derecho extrapatrimonial, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Los derechos", cit., pp. 71-72, señala que si el consentimiento de la persona efigiada fue dado solo para la "captación" ello no implica necesariamente autorización para "publicar" o "comunicar públicamente" la imagen de aquella, sea en el mismo o en otros medios de comunicación o, incluso, para otros fines que los previstos en el acuerdo.

aun si se considera que -en último término- son objeto de financiamiento con cargo al erario nacional”, como señaló en su fallo. Y aunque no es momento para explayarnos respecto a las cuestiones técnico-jurídicas sobre Propiedad intelectual, involucradas en dicha decisión, no podemos dejar de especular brevemente sobre ésta. A propósito del financiamiento, todo parece indicar que la Corte estaría justificando su decisión en el inciso I del artículo 88 de la ley N° 17.336 en cuanto prescribe que “el Estado, los municipios, las corporaciones oficiales, las instituciones semifiscales o autónomas y las demás personas jurídicas estatales serán titulares del derecho de autor respecto de las obras producidas por sus funcionarios en el desempeño de sus cargos”, aunque -como señala el inciso II de la misma norma- “mediante resolución del titular podrá liberarse cualquiera de dichas obras, para que formen parte del patrimonio cultural común”, texto que debe concordarse con el inciso final del artículo II de la misma ley: “las obras del patrimonio cultural común podrán ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete la paternidad y la integridad de la obra”. Nuestra interpretación no debe extrañar pues así se ha sugerido ya, incluso, en la literatura jurídica chilena de mediados del siglo XX<sup>24</sup>. Sin embargo -y asumiendo que eso era lo que estaba pensando el tribunal-, resulta un argumento tan absurdo como si acaso a un productor cinematográfico se le negara a priori el derecho de comunicación pública sobre su película financiada con recursos públicos, toda vez que la finalidad de estas obras es ser exhibidas en salas de cines o en televisión. Aparte, la Corte asume que dicha campaña está financiada con fondos estatales como si acaso estuviese prohibido, en Chile, financiar campañas políticas con dineros provenientes del propio candidato o aportes de empresas privadas.

Lo preocupante, en este caso, es que pese a reconocer la existencia de una convención onerosa entre privados la Corte desentendió a ella y fue a justificar en el “interés generalizado”<sup>25</sup>, que causan las conductas e informaciones referidas a personajes públicos, no solo el libre uso de material protegido por la Propiedad intelectual<sup>26</sup> sino, también, la misma “funa” realizada por la empresa en contra del candidato presidencial. Para la Corte, “es una realidad indesmentible que actualmente no existe el monopolio de la información, originaria y preponderantemente radicado en los medios de comunicación social. Hoy en día las personas disponen de

24 En el sentido que las imágenes, reproducidas en los medios de comunicación, pertenecen al “dominio público”, vid. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R. Y DOMÍNGUEZ BENAVENTE, R.: “Las servidumbres a que obliga la grandeza. La esfera de intimidad y las personalidades públicas”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, año 36, n. 144, 1968, p. 44. Refiriéndose al mismo fenómeno, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Los derechos”, cit., p. 73, recurre a la expresión “derecho a la redivulgación” de los medios de comunicación.

25 Considerando 9°.

26 Quizás, y a propósito de las limitaciones y excepciones al Derecho de autor contempladas en la ley N° 17.336, la norma a la cual podría haber acudido la Corte -para justificar el actuar de la recurrida- es el artículo 71 Q: “es lícito el uso incidental y excepcional de una obra protegida con el propósito de crítica, comentario, caricatura, enseñanza, interés académico o de investigación, siempre que dicha utilización no constituya una explotación encubierta de la obra protegida. La excepción establecida en este artículo no es aplicable a obras audiovisuales de carácter documental”.

información de primera fuente. Las tecnologías modernas propician su adquisición y divulgación en forma inclusive instantánea<sup>27</sup>. Luego -justificando el escrache o denuncia realizado por la recurrida-, sentencia: “por consiguiente, la información contenida en el video es de interés público, de momento que está referida a un conflicto contractual y al protesto de un documento mercantil, potencialmente capaz de incidir en la coherencia de un discurso con la conducta que se observa en los hechos. Datos de esa naturaleza son relevantes para crear opinión, contribuyen a que otros puedan tomar decisiones informadas, lo que es consustancial al ejercicio democrático. La circunstancia de que allí se vierta una ‘versión’ de los hechos no merma la legitimidad del ejercicio de la libertad de expresión, precisamente porque es eso, una opinión; porque, además, no rebasa los márgenes de una crítica razonable y, en fin, porque la autodeterminación de las personas públicas debe replegarse con una intensidad mayor, al estar sometidas al escrutinio de cualquier observador<sup>28</sup>. En nuestra opinión, sin embargo, esa “funa” no podía ampararse en la libertad de expresión pues solo era una forma de autotutela que buscaba compeler ilegítimamente al candidato presidencial a cumplir sus obligaciones comerciales<sup>29</sup>.

### III. “PERSONAJES PÚBLICOS” Y MINUSVALORACIÓN DE SU DERECHO A LA IMAGEN

#### I. La imagen como un aspecto más de la privacidad de las personas. Críticas

En Chile, y ante la ausencia de un reconocimiento expreso del derecho a la propia imagen, la naturaleza jurídica de la relación entre una persona y “su imagen” se ha explicado en base a tres tesis<sup>30</sup>. La primera dice que formaría parte del contenido esencial del derecho fundamental a la honra (artículo 19 N° 4 de la Constitución Política)<sup>31</sup>. Una segunda tesis señala que la persona puede reclamar dominio ya sobre la imagen en sí misma, ya sobre su derecho, hipótesis ambas que se apoyan en el concepto de “cosa incorporal” recogido en el artículo 583 del Código Civil y en el artículo 19 N° 24 de la Constitución<sup>32</sup>. Sin embargo, la doctrina más

27 Considerando 7°. Todo indica que la Corte hizo suya aquella tesis que plantea que “la ligazón entre democracia y opinión pública es incuestionable”, CLIMENT GALLART, J.A.: “Opinión pública y libertad de expresión”, *Revista Boliviana de Derecho*, n. 23, 2017, p. 250.

28 Considerando 9°.

29 Como dijimos al comienzo, además de reclamar amparo para su derecho a la imagen, el recurrente pretendía evitar que la empresa acudiera a la autotutela y continuara con esa denuncia o “funa” a través de Youtube. Comentarios sobre este último aspecto, en AILLAPÁN QUINTEROS, J.: “La funa 2.0”, disponible en <<https://www.elquintopoder.cl/tecnologia/la-funa-2-0/>>, visto el 5 de junio de 2017 a las 11:23 horas de Chile continental.

30 Para un panorama de las tesis esgrimidas en el Derecho comparado, vid. CIFUENTES, S.: *Derechos personalísimos*, cit., p. 502 y ss.

31 PFEFFER URQUIAGA, E.: “Los derechos a la intimidad o privacidad, a la honra y a la propia imagen. Su protección frente a la libertad de opinión e información”, *Ius et Praxis*, vol. 6, n. 1, 2000, p. 469, por ejemplo, ha dicho que “el derecho a la imagen surge vinculado al honor y a la privacidad o intimidad”.

32 Para justificar el derecho a la imagen, en cuanto derecho de propiedad, las explicaciones abundan. Se ha dicho, por ejemplo, que el derecho a la imagen forma parte de la vida privada y éste, a su vez, se expresa en derechos de propiedad, que garantizan la exclusividad en el goce económico de los atributos de la personalidad -imagen, voz, nombre- e incluso, el secreto de aspectos de la vida privada -la historia de la propia vida privada-, vid. BARROS

extendida, durante las últimas cuatro décadas, dice que nuestra imagen forma parte del contenido protectivo del derecho fundamental a la vida privada reconocido en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política. Así lo entiende la literatura más autorizada en nuestro medio<sup>33</sup>, como también una constante jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema<sup>34</sup>. De hecho, fue éste también el criterio aplicado por la Corte de Santiago al fallar el presente recurso, definiendo el derecho a la propia imagen como una “derivación de la privacidad, en su forma de autodeterminación, esto es, la capacidad que tiene cada individuo para moldear su propia vida; dado que -en función de lo que esa persona desea- existe la posibilidad o imposibilidad de captar, reproducir y/o difundir imágenes del sujeto, en cuanto proyecciones de su personalidad”<sup>35</sup>.

Interesante resulta que, a lo largo de la sentencia, el tribunal haya discurrido sobre la autodeterminación de las personas para crear y traficar sus retratos<sup>36</sup>. Lamentablemente, eso sí, volvió a subsumir la protección de la imagen en el derecho a la vida privada, tradicional ejercicio que ha marcado los derroteros por las cuales transita aquella prerrogativa en Chile, supeditando su amparo a la afectación de la privacidad de las personas. Y es de lamentar no solo porque dicha tesis perpetúe su inclusión en la categoría civil de los “derechos personalísimos”<sup>37</sup>, sino que, además, persevera en el error de incluirlo en el contenido esencial del derecho fundamental a la vida privada ya que -y no obstante las intersecciones que puedan surgir entre

---

BOURIE, E.: *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 543 y 564. Una interpretación más sui generis aduce FERRANTE, A.: “La protección”, cit., p. 154, para quien, en Chile, no existe un derecho a la imagen stricto sensu y que éste solo sería el marco o “silueta” en el que toman forma el honor, la intimidad y otros derechos. Para este último autor, lo que sí existe en nuestro medio, sería un derecho negativo -o prerrogativa inhibitoria- unida a un “derecho a la explotación de la imagen” -de origen laboral-, ambas facetas expresiones del derecho de propiedad de la persona sobre su imagen y cuya fuente sería el artículo 19 N° 24 de la Constitución. Por último, agrega que aunque el derecho a la imagen no es un derecho de la personalidad, igual compatibiliza con dicha categoría.

- 33 Vid. NOGUEIRA ALCALA, H.: *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, t. I, tercera edición, Editorial Librotecnia, Santiago, 2010, pp. 741-761; LARRAÍN PÁEZ, C.: “Responsabilidad civil”, cit., pp. 130-131, 134 y 174.
- 34 Recientemente, la Corte Suprema ha dicho que “tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que su protección deviene procedente y encuadra en el artículo 19 N° 4 de la Constitución, por encontrarse implícitamente comprendida en el atributo de privacidad de la persona, que esa norma se encarga de tutelar”. Este fallo corresponde a *Araya con Bernini*: Corte Suprema, 5 de mayo de 2016, rol n. 2536-2015, considerando n. 7. Sobre esta tendencia, manifestada en la jurisprudencia dictada durante el período 1981-2004, recomendamos: RODRÍGUEZ PINTO, M.S.: “Protección de la vida privada: líneas jurisprudenciales”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, n. 3, 1999, pp. 719-744, y ANGUIA RAMÍREZ, P.: “Jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la propia imagen y a la vida privada en Chile (1981-2004): un intento de sistematización”, en AA.VV.: *Libertad de expresión en Chile* (F. GONZÁLEZ, ed.), Santiago, Universidad Diego Portales, 2006, pp. 319-521.
- 35 Considerando 5°.
- 36 Considerandos 1° y 5°. Cabe destacar que esta idea de “autodeterminación”, tratándose del derecho a la propia imagen, ha sido ya considerada por la doctrina europea y, en particular, por la española, vid. IGARTUA ARREGUI, F.: “El derecho a la imagen en la jurisprudencia española”, en AA.VV.: *El mercado de las ideas* (coordinador P. SALVADOR CODERCH) Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 320; PASCUAL MEDRANO, A.: “Personajes Públicos y derechos a la propia imagen”, *Leyes y Sentencias. Revista de Legislación y Jurisprudencia*, n. 109, 2010, p. 28; RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: “El derecho sobre la propia imagen de la persona que ocupa un cargo público o ejerce una profesión de notoriedad o de proyección pública (art. 8.2.A de la L.O. 1/1982)”, *Revista de Derecho Privado*, n. 95, 2011, p. 4.
- 37 Y, por definición, imposibles de traficabilidad y patrimonialidad, vid. GUZMÁN BRITO, A.: *Las cosas*, cit., p. 85.



ellos<sup>38</sup>- se trata de institutos claramente diferenciados desde que el derecho a la propia imagen consiste fundamentalmente en la autodeterminación, que tiene toda persona, para autorretratarse o convenir con un tercero para que la retrate, gratuita u onerosamente.

Está suficientemente avalado ya<sup>39</sup> que el derecho a la propia imagen surgió para regular el ejercicio de los derechos de autor del retratista sobre su obra, es decir, como un límite a la Propiedad intelectual<sup>40</sup>. Distinto es que, desde mediados del siglo XX, el desmedido ejercicio periodístico y, en especial, el abuso en la publicación de retratos no consentidos de personajes públicos llevara a la jurisprudencia -europea y estadounidense- a controlar dicha actividad aduciendo amparo de la honra o privacidad de los efigiados, momento en que se forjó la tesis que incluye el derecho a la propia imagen en el contenido protectivo de aquellas prerrogativas<sup>41</sup> y que, en Chile, ha encontrado la más amplia acogida como señalamos recientemente. Y aunque útil en décadas pasadas, se trata ésta de una tesis anacrónica, toda vez que impide dar solución adecuada al fenómeno de la creación y tráfico de imágenes pues no alcanza a resolver aspectos básicos en su juzgamiento, por ejemplo, cuando los retratos son obtenidos en contextos o lugares donde no puede alegarse privacidad o, también, cuando las imágenes son creadas con ocasión de una convención onerosa entre particulares, tal como ocurrió en el fallo que comentamos ahora.

## 2. Minusvaloración del derecho a la imagen de los “personajes públicos”

Según la Corte, en el caso “Paga Marcel paga”, la preferencia por uno de los derechos fundamentales en conflicto dependía del resultado que arrojará la ponderación entre la privacidad del recurrente y el interés público que generan las informaciones sobre él, máxime si “fue y ha sido un personaje de connotación pública”<sup>42</sup>. Y es que, a juicio del tribunal, los personajes públicos aceptarían implícitamente “un mayor riesgo de que sus derechos puedan verse afectados por críticas o revelaciones negativas, desagradables y hasta invasivas”<sup>43</sup>, más si se

38 Estas posibles intersecciones han sido explícitamente graficadas, por ejemplo, en HASSLER, T.: *Le droit à l'image des personnes, entre droit de la personnalité et propriété intellectuelle*, Lexis Nexis, Francia, 2014, p. 11.

39 Vid. AZURMENDI ADARRAGA, A.: *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, segunda edición, Universidad Iberoamericana, Biblioteca Francisco Xavier Clavigero, México D.F., 1998, pp. 51-59.

40 Modernamente, al menos. No obstante, se ha sugerido, también, que sus orígenes remotos estarían en el Derecho Romano, vid. ESPINOZA ESPINOZA, J.: *Derecho de las personas*, séptima edición, Editorial Rodhas, Lima, 2014, p. 499.

41 Todo indica que, en el ámbito europeo, dicha concepción continúa vigente. Con referencia a jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, vid. PASCUAL MEDRANO, A.: “Personajes Públicos”, cit., pp. 42-45. Respecto al origen de esta tendencia jurisprudencial en Europa, vid. AZURMENDI ADARRAGA, A.: *El derecho*, cit., pp. 60-79.

42 Considerando 8°.

43 Considerando 6° y apoyándose en jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. En Estados Unidos, tratándose de funcionarios públicos, esta doctrina ha sido conocida como la “teoría de la asunción del riesgo”, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “La vida privada de los funcionarios públicos frente a dos derechos: el acceso a la información pública y la libertad de expresión. (Algunos criterios empleados por la jurisprudencia chilena y comparada y su importancia relativa)”, *Revista Ius et Praxis*, año 21, n. 1, 2015, p. 248.

trata del particular caso de un candidato a la presidencia de la República, hecho que justificaría la abdicación “de parte de su privacidad” y habilitaría a que “sus electores se informen sobre el modo en que se desenvuelve en sus relaciones comerciales o contractuales”<sup>44</sup>. En consecuencia, la conclusión de la Corte fue que la “autodeterminación de las personas públicas debe replegarse con una intensidad mayor, al estar sometidas al escrutinio de cualquier observador”<sup>45</sup>.

No existen límites claros para definir el universo de los “personajes públicos”. Por lo demás, como veremos luego, dicha consideración subjetiva -para justificar la menor protección a la privacidad y propia imagen- viene cediendo en pos del “interés público”<sup>46</sup>. Sin perjuicio de ello, hay que reconocer que la dogmática y jurisprudencia chilenas están contestes respecto a la menor protección que el ordenamiento jurídico les otorgaría a su derecho a la vida privada y, por ende, a su derecho a la imagen<sup>47</sup>. Según Lovera Parmo, en Chile, para el caso de conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la vida privada, tradicionalmente se ha puesto atención en las personas involucradas, estableciéndose una suerte de jerarquía para determinar su protección según se trate de funcionarios públicos de elección popular; funcionarios públicos no electos popularmente, personajes de influencia pública, personajes del ámbito público del espectáculo o de la farándula, y, por último, aquellos ciudadanos anónimos o cualquiera, y en donde el “umbral de protección aumenta en la medida que uno se aleja cada vez más de los funcionarios públicos de elección popular y se sitúa, para maximizar su protección, cerca de los

44 Considerandos 8° y 9°. En el sistema estadounidense, según se comenta, los primeros casos en que se acudió al interés público informativo para justificar la intromisión en la privacidad decían relación precisamente con aquellas personas que postulaban a cargos públicos, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I. “Notas críticas a la figura del ‘personaje público’ como criterio legitimador para la intromisión en la vida privada de las personas”, *Revista Estudios Constitucionales*, año 3, n. 2, 2005, pp. 168-169.

45 Considerando 9°.

46 Vid. LOVERA PARMO, D.: “El interés público como estándar. Libertad de expresión y vida privada”, en AA.VV.: *Libertad de expresión en Chile* (F. GONZÁLEZ, ed.), Santiago, Universidad Diego Portales, 2006, pp. 62-63, 74 y 77. Al respecto, se ha dicho que la noción de “intimidad devaluada” es un factor desorientador a la hora de constatar que lo efectivamente relevante es el “interés público” -representado por el ejercicio de alguna función pública- y no el título que ostenta el funcionario o la condición “pública” de una persona, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “Evaluación crítica de la noción de que los funcionarios públicos tienen una intimidad más reducida que la de una persona ordinaria. (A propósito de algunas decisiones del Consejo para la Transparencia)”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, n. 3, 2014, p. 880.

47 Esta minusvaloración continúa siendo una arraigada tradición en nuestro medio, normalmente confundiendo el derecho a la vida privada con la imagen de la persona, vid. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R. y DOMÍNGUEZ BENAVENTE, R.: “Las servidumbres”, cit., p. 48; NOGUEIRA ALCALÁ, H.: *El derecho a la libertad de opinión e información y sus límites (honra y vida privada)*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2002, pp. 163-165 y 191; VERDUGO MARINKOVIC, M., PFEFFER URQUIAGA, E., NOGUEIRA ALCALÁ, H.: *Derecho Constitucional*, t. I, reimpresión de segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pp. 250-251; LARRAÍN PÁEZ, C.: “Responsabilidad civil”, cit., p. 146. Para el caso español, vid. BATALLER RUIZ, E.: “El derecho a la imagen de los famosos: el caso Elsa Pataky”, *Revista Boliviana de Derecho*, n. 15, 2013, p. 157. Según COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “La vida privada”, cit., pp. 227-228 y 257-259, pese a que en nuestro país sigue siendo la tesis dominante -particularmente en la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia-, la tendencia que muestra el Derecho comparado es la contraria desde que el influjo de la noción de la privacidad reducida o del mayor riesgo al que se ven expuestas las figuras y funcionarios públicos es inexistente o mínima, normalmente accesoria a la existencia de un interés público en la información. Anteriormente, en este último sentido, se había manifestado GONZÁLEZ CIFUENTES, C.: *El derecho a la intimidad de los altos cargos*, tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2011, pp. 151-152.

ciudadanos cualquiera"<sup>48</sup>. Las justificaciones esgrimidas para esta jerarquización son diversas, desde que los personajes públicos estarían en mejores condiciones fácticas -que las personas comunes- para contrarrestar los abusos de la prensa<sup>49</sup>, hasta que el principio de igualdad obligaría a dar un trato diferenciado a la hora de regular los hechos de interés privado y público, más aún si aquellos han estado involucrados en situaciones que comprometen su honestidad<sup>50</sup>. En otras ocasiones, el mismo Tribunal Constitucional ha sostenido que la minusvaloración de la privacidad de los personajes públicos se fundaría en el principio democrático, reconocido en el artículo 4 de nuestra Constitución, que "exige que el gobierno pueda ser objeto de control por parte de la ciudadanía a través del escrutinio público"<sup>51</sup>.

Sin perjuicio de lo señalado, la tesis más arraigada, en nuestro medio, dirá que los personajes públicos tienen el "[d]eber de soportar la intromisión de los medios de publicidad, en sus vidas públicas, como una servidumbre propia de su vida de notables"<sup>52</sup>. Es esta última, precisamente, la doctrina que sigue dominando y por la cual se afirma que, en Chile, el derecho a la propia imagen de los personajes públicos cedería<sup>53</sup> ante el ejercicio de la libertad de información desde que existiría un "verdadero consentimiento tácito conferido a la prensa, y a los demás medios de publicidad"<sup>54</sup> para que estos capten su imagen, consecuencia de la capacidad de las personas para autodeterminarse respecto a su derecho a la vida privada y a su

- 
- 48 LOVERA PARMO, D.: "El interés", cit., p. 62. Respecto a los funcionarios públicos -en cuanto especie del género "personajes públicos"-, COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "Evaluación crítica", cit., pp. 875-878 y 880-881, señala que la tesis del "menor umbral de protección" no aplicaría necesariamente a ellos pues la Constitución no limita expresamente ni establece la pérdida o suspensión erga omnes del derecho a la vida privada como si lo hace, por ejemplo, con el derecho a sufragio, para optar a cargos públicos, respecto al derecho de huelga, e incluso respecto a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada (artículo 19 N° 5 de la Constitución) donde sí se habilita al legislador para regular su ejercicio. De esta manera, concluye el autor, el legislador chileno no está habilitado para limitar el derecho a la vida privada respecto a los funcionarios públicos, cuestión reafirmada por cierta jurisprudencia en el último tiempo.
- 49 Aunque ello ocurriría solo en países desarrollados, no en Chile, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "Notas críticas", cit., pp. 184 y 192-193; COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "Evaluación crítica", cit., 890.
- 50 Vid. CASTRO FRIAS, M.: "Privacidad, vida pública y honra frente a la libertad de expresión. Soluciones a un conflicto", *Revista de Derecho Público*, vol. 64, 2002, pp. 260-261 y 282. En contra, se ha manifestado COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "Evaluación crítica", cit., p. 879, para quien, al no existir habilitación constitucional que justifique la noción de "intimidad devaluada", toda minusvaloración respecto a los personajes públicos importaría una grave vulneración a la igualdad ante la ley. En este último sentido, aunque para el caso de España, vid. RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: "El derecho", cit., p. 21.
- 51 Así, en *Bordachar Sotomayor y otros con Pontificia Universidad Católica de Chile-Canal 13*: Tribunal Constitucional, 23 de septiembre de 2010, rol n. 1463-2009, considerando 19°.
- 52 DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R. y DOMÍNGUEZ BENAVENTE, R.: "Las servidumbres", cit., p. 46.
- 53 En España, por su parte, el Tribunal Supremo ha llegado a sostener que "en los personajes públicos el derecho al honor disminuye, la intimidad se diluye y el derecho a la propia imagen se excluye", DE LA IGLESIA CHAMARRO, A.: "El derecho", cit., p. 305.
- 54 DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R. y DOMÍNGUEZ BENAVENTE, R.: "Las servidumbres", cit., p. 46. MONREAL, E.: *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos*, segunda edición, Siglo XXI Editores S.A., México, 1981, pp. 205-207, se pronunciaba en un sentido similar, aunque, a su juicio, la fórmula más clara de solución sería fijar el límite de aquella renuncia según la vinculación del personaje con su actuación pública -o con los efectos de aquella resultan para la comunidad- y, también, atendiendo a su voluntad de franquearse al público. Incluso, se ha propuesto que "cuando, por las circunstancias, no pueda construirse un consentimiento ni siquiera tácito, habrá que tener en cuenta la exposición imprudente al daño que funcionará como elemento atenuador de la responsabilidad del agente invasor", vid. CORRAL TALCIANI, H.: "La vida privada y la propia imagen como objetos de disposición negocial", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, n. 8, 2001, p. 166.

derecho a la imagen<sup>55</sup>. Y así, también, lo sostuvo la Corte de Apelaciones de Santiago cuando señaló que el efigiado “de modo libre y consciente se ubicó en una posición que trae consigo que la información referida a su conducta social pasa a ser de interés generalizado”<sup>56</sup>, interesante considerando pues el tribunal no solo avala la tesis del “consentimiento tácito” sino que, además, la refuerza con la idea del “interés público” o “generalizado” que despertarían las informaciones referidas a personajes públicos<sup>57</sup>. A mediados del siglo XX se justificaba solo la injerencia en actividades de su vida profesional, aunque ya en la década de 1980 se proponía extender dicha intromisión incluso en la intimidad de éstos desde que “en gobernantes, dirigentes políticos y otras personas notorias hay problemas de su vida privada que pueden llegar a determinar su conducta pública o, cuando menos, a pesar en ella, y siendo así, los demás ciudadanos tienen el derecho de estar informados de ellos y la prensa tiene el deber de darles la noticia correspondiente”<sup>58</sup>. En el particular caso de los candidatos a cargos públicos, el objetivo sería que los electores pudieran conocer, en todo momento, las aptitudes de dichos postulantes<sup>59</sup>.

### 3. Los “personajes públicos” como categoría subjetiva

Al igual que ocurre con la privacidad y el derecho a la imagen, en Chile, no existe texto positivo que defina a los “personajes públicos”, de ahí que tanto la doctrina como la jurisprudencia<sup>60</sup> se hayan encargado de construir dicho concepto en una tendencia que, desde mediados del siglo pasado, es claramente expansiva<sup>61</sup>. Hacia 1968, los profesores Domínguez<sup>62</sup> incluían en este universo a todas aquellas personas que alcanzan una evidente notoriedad ya sea por su profesión, por su situación en la sociedad o por la publicidad desmedida de que gozan -y que también buscan- como ocurre con actores, políticos, hombres de empresa, escritores, figuras de sensación, etcétera. Dos décadas después, Novoa Monreal<sup>63</sup> diría que lo decisivo era que dichas personas se conviertan en objeto de atención para la

55 Vid. BARROS BOURIE, E.: *Tratado*, cit., p. 561. Según COVARRUBIAS CUEVAS, I: “Notas críticas”, cit., pp. 183-184, en España el argumento central para justificar la minusvaloración de la privacidad de los personajes públicos es precisamente esta autodeterminación por la cual asumen voluntariamente los riesgos contemplados en el ordenamiento jurídico, específicamente, renunciar a su anonimato. También para España, se ha dicho que si un personaje público accede a un lugar abierto al público cualquier persona podrá captar su imagen, pues así lo permite la ley, aunque el límite estaría determinado por aquellos espectáculos a lo que se accede pagando un boleto, pues en dichos casos la tesis del “consentimiento tácito” no procede, vid. RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: “El derecho”, pp. 13-16 y 25.

56 Considerando 9°.

57 Misma situación se ha descrito para el Derecho comparado, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I: “Notas críticas”, cit., pp. 189-190.

58 NOVOA MONREAL, E.: *Derecho*, cit., p. 206.

59 Vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I: “Notas críticas”, cit., pp. 188-189.

60 Para un panorama de su desarrollo en la jurisprudencia estadounidense y española, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I: “Notas críticas”, cit., p. 167.

61 Vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I: “Notas críticas”, cit., p. 169.

62 Vid. DOMINGUEZ ÁGUILA, R. y DOMINGUEZ BENAVENTE, R.: “Las servidumbres”, cit., p. 46.

63 Vid. NOVOA MONREAL, E.: *Derecho*, cit., pp. 204-205.

mayor parte de los miembros del cuerpo social, ya por razón de las funciones públicas que desempeñan, por la actividades sociales que realizan, por pertenecer a la historia contemporánea, por los poderes o influencia política que ejercen, porque de su criterio o decisiones pueden depender medidas de alcance general, por su inteligencia, conocimientos o gran capacidad intelectual, por sus virtudes artísticas, deportivas, incluso por la vida delictual que desarrollen o por verse involucrados accidentalmente en acontecimientos que atraen la atención pública.

Estas últimas opiniones anticipaban ya que la terminología usada, para referirse al mismo concepto, resultaría sumamente diversa. En efecto, podemos comprobar que -en el contexto que ofrecemos- se utilizan como sinónimos las expresiones "personajes públicos"<sup>64</sup>, "personalidades públicas"<sup>65</sup>, "personajes notorios"<sup>66</sup>, "personas célebres"<sup>67</sup>, "personas que han entrado en la historia contemporánea"<sup>68</sup>, "personas de proyección pública"<sup>69</sup>, "personajes famosos"<sup>70</sup>, "persona-noticia"<sup>71</sup> y, también, el de "figuras públicas"<sup>72</sup>, sean éstas voluntarias o involuntarias<sup>73</sup>. Y si bien, desde una perspectiva subjetiva, el concepto "personaje público" estuvo definido, en sus inicios, por el desempeño de un cargo público realizado por una persona natural -electa o designada<sup>74</sup>-, con el correr del tiempo, lo determinante vino a ser

- 
- 64 Como ocurre en el considerando 9° de la sentencia que ahora comentamos. LOVERA PARMO, D.: "El interés", cit., p. 62, entiende por "personajes públicos" a las "autoridades, políticos, científicos, artistas, deportistas, etcétera. Sobre el uso de esta terminología en España, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "Notas críticas", cit., pp. 185-188.
- 65 DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R. y DOMÍNGUEZ BENAVENTE, R.: "Las servidumbres", cit., p. 46. BARROS BOURIE, E.: *Tratado*, cit., p. 561, incluye dentro de las "personalidades públicas" a los "artistas, deportistas, figuras del espectáculo", a cuyo respecto la protección de su privacidad sería incluso menor que la de aquellos que desempeñan cargos públicos.
- 66 DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R. y DOMÍNGUEZ BENAVENTE, R.: "Las servidumbres", cit., p. 46. NOVOA MONREAL, E.: *Derecho*, cit., p. 204, habla de "personas notorias". En España se ha llamado "personajes que poseen notoriedad pública", a aquellas personas que tienen "frecuente presencia en los medios de comunicación exponiendo al conocimiento de terceros su actividad profesional, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "Notas críticas", cit., pp. 185-188.
- 67 NOVOA MONREAL, E.: *Derecho*, cit., p. 204.
- 68 Vid. NOVOA MONREAL, E.: *Derecho*, cit., p. 204; PASCUAL MEDRANO, A.: "Personajes Públicos", pp. 39 y 41. Según BARROS BOURIE, E.: *Tratado*, cit., p. 561 nota al pie n° 84, el Derecho alemán distingue, incluso, entre "personas absolutas de la historia actual" y "personas relativas de la historia actual" para justificar la mayor o menor afectación, respectivamente, de su privacidad.
- 69 Como figura accesoria de "personajes que poseen notoriedad pública", vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "Notas críticas", cit., pp. 185-188.
- 70 Según PASCUAL MEDRANO, A.: "Personajes Públicos", cit., p. 27, en España se designa como tales a aquel subgrupo de "personajes públicos" habituales del ámbito de la farándula o espectáculo.
- 71 ROYO JARA, J.: *La protección del derecho a la propia imagen*, Editorial Colex, Madrid, 1987, p. 163.
- 72 Concepto forjado en el ámbito del Derecho estadounidense, vid. CASTRO FRIAS, M.: "Privacidad", cit., p. 260. Según COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "Notas críticas", cit., p. 169, la noción de "figura pública", en la jurisprudencia de aquel país, fue recogida por el Restatement (Second) of Torts de 1977, que la definió como aquella persona que "en virtud de su cargo, actividades o posición, se ha transformado en objeto de la atención pública".
- 73 BARROS BOURIE, E.: *Tratado*, cit., p. 562. En contra de calificar a una persona privada, como "personaje público", por el solo hecho de ser protagonista de un asunto de relevancia pública se ha manifestado PASCUAL MEDRANO, A.: *El derecho fundamental a la propia imagen*, primera edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2003, p. 155. A propósito del Derecho comparado, COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "Notas críticas", cit., pp. 173-175 y 180-181, señala que si bien en España se ha desarrollado la noción de "figura pública", fue la Corte Suprema estadounidense la que amplió dicha noción, distinguiendo entre "figuras públicas a todo evento", "figuras públicas solo para un limitado grupo de asuntos", y "figuras públicas involuntarias", según la congruencia entre la controversia y el sujeto objeto de la difamación, sin perjuicio de que la Corte no explicara claramente ese estándar de congruencia.
- 74 Al menos, en Estados Unidos, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "Notas críticas", cit., pp. 168, 171 y 173. Sobre la representatividad política, en la evolución del concepto "cargo público", de acuerdo a la jurisprudencia española,

la “notoriedad”<sup>75</sup> y/o “popularidad”<sup>76</sup> de ésta, inclusive si se trataba de una persona moral o jurídica<sup>77</sup>. Pero, como dijimos arriba, dicho criterio ha sido complementado -y hasta reemplazado- por uno objetivo, de manera que hoy la mayor o menor afectación de la privacidad y derecho a la imagen de una persona dependerá del “interés público” que generen las informaciones referidas a ella, sin importar si se trata de un ciudadano anónimo<sup>78</sup> o, incluso, si ese interés es restringido o circunscrito en términos territoriales<sup>79</sup>.

#### IV. EL INTERÉS PÚBLICO INFORMATIVO COMO JUSTIFICACIÓN DE LA AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

En nuestro caso de estudio, junto al argumento del “personaje público”, la Corte justificó la preferencia de la libertad de información -sobre el derecho a la propia imagen- en la concurrencia de un “interés público informativo”: “esa misma exposición [en cuanto personaje público] hace también que la información relacionada con ellas tenga vocación de interés generalizado, especialmente cuando concierne a las actuaciones que el personaje evidencie en sus actuaciones en sociedad” (sic)<sup>80</sup>. Incluso, agrega el tribunal, que si dicha información es de carácter privada, comercial o contractual, automáticamente resulta “de interés público (...) potencialmente capaz de incidir en la coherencia de un discurso con la conducta que se observa en los hechos”<sup>81</sup>. Es decir, la Corte de Apelaciones de Santiago confirmó aquella tendencia que dice que el “interés público” tendrá la aptitud de mudar ontológicamente lo privado en público<sup>82</sup>, esto es, que aquello dejaría de serlo por estimarse que hay un interés público en conocer y develar los hechos o conductas resguardadas por la intimidad. No obstante, a nuestro juicio, el tribunal

vid. RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: “El derecho”, cit., pp. 7-9.

75 Esta expresión en CASTRO FRÍAS, M.: “Privacidad”, cit., p. 260.

76 Esta expresión en DE LA IGLESIA CHAMARRO, A.: “El derecho”, cit., p. 290.

77 Referenciando al sistema estadounidense, CASTRO FRÍAS, M.: “Privacidad”, cit., p. 260.

78 Según COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “Notas críticas”, cit., pp. 177-181, a esta solución habría allegado, hace décadas, la jurisprudencia estadounidense cuando quienes generaban noticia eran personas privadas. En el mismo sentido, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “El interés público como convergencia entre la libertad de expresión, el acceso a la información y el derecho a la vida privada”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n. 44, 2015, p. 299.

79 Vid. DE LA IGLESIA CHAMARRO, A.: “El derecho”, cit., p. 304; COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “Notas críticas”, pp. 175-177.

80 Considerando 6°.

81 Considerando 9°. Al parecer, esta última afirmación estaría basada en aquella tesis que sostiene que el ejercicio de la función pública es una tarea que, en distinto grado, persigue contribuir a la justa distribución de los bienes y cargas comunes y a la eficaz administración de los mismos y, en donde, por extensión, habría interés público en conocer “en qué sentido la conducta personal de un servidor público o alguna circunstancia suya que lo afecte podría incidir significativamente en la promoción u obtención de esta finalidad común por la vía de comprometer el desempeño de su función”, COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “El interés”, cit., p. 300.

82 En otra ocasión, la Corte Suprema ha justificado -precisamente en el interés público informativo del artículo 30 de la ley N° 19.733- la conducta de unos periodistas chilenos que, de manera subrepticia y sin contar con autorización para ello, grabaron una conversación sostenida en la consulta particular de una médica para, luego, difundir dichos audios por televisión. En aquella oportunidad, dijo la Corte: “(...) los hechos que se atribuyen a los inculpados se ajustan a tales circunstancias, lo que acredita la legitimidad de su actuación inserta en el ejercicio de la función periodística es aras de un interés social prevalente”. La cita corresponde a *Cordero con Lara y otros*: Corte Suprema, 21 de agosto de 2013, rol n. 8.393-2012, considerando 6°.

también podría haberse cuestionado -atendiendo a los hechos de la causa- que el bien común igualmente se beneficia amparando la vida privada. En otras palabras, que en el resguardo de ésta también existe interés público, el que operaría como legítima restricción a la libertad de expresión<sup>83</sup>, tal como explicaremos más adelante.

La incontenible expansión de la categoría subjetiva “personaje público”, unida a la serie de dificultades de tipo dogmático-constitucional que conlleva la tesis del “consentimiento tácito”<sup>84</sup>, llevaron a la doctrina y jurisprudencia a avanzar en la construcción y defensa de un criterio objetivo que evaluara y justificara las intromisiones que la prensa realiza en la privacidad y derecho a la imagen de las personas<sup>85</sup>. Los antecedentes remotos en la generación de dicho estándar general pueden encontrarse en la jurisprudencia estadounidense de mediados del siglo XX<sup>86</sup>, aunque posteriormente su reconocimiento se universalizaría, siendo invocado en la actualidad hasta por tribunales internacionales<sup>87</sup>. En Chile, es el art. 30 de la ley N° 19.733, o “ley de Prensa”, el que reconoce expresamente al “interés público” como criterio o estándar a la hora de evaluar si la afectación de ciertos derechos fundamentales -con ocasión del ejercicio de la libertad de información- resultan legítimas. Y aunque existen variados pronunciamientos de nuestros tribunales superiores ordinarios y del Tribunal Constitucional<sup>88</sup>, en la actualidad, la construcción y desarrollo de dicho test se ha llevado a cabo principalmente por el Consejo para la Transparencia, a propósito de la solicitud de acceso a información pública a través de la ley N° 20.285 o “ley de Transparencia”<sup>89</sup>. En cuanto manifestación del “principio de proporcionalidad”, para este Consejo dicho estándar consiste en un proceso de ponderación entre el beneficio que reporta el dar a conocer la información solicitada

83 Vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “El interés”, cit., p. 282.

84 Por ejemplo, si acaso estas autorizaciones -tácitas y genéricas- justifican anticipadamente vulneraciones a los derechos fundamentales, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “Notas críticas”, cit., pp. 191-192.

85 Vid. PASCUAL MEDRANO, A.: “Personajes Públicos”, cit., p. 45. Por supuesto, en este ámbito, Chile ha seguido el modelo transitado en Estados Unidos y España, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “Notas críticas”, cit., pp. 169, 177-181, 188-189, y 191-192.

86 Se dice que, en Estados Unidos, el “fair comment” -equivalente al “interés público” utilizado en Europa continental- justificaba la intromisión en la privacy de cualquier tipo de persona, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “Notas críticas”, cit., pp. 167-168 y 189-190; BARROS BOURIE, E.: *Tratado*, cit., p. 561.

87 Aunque, por ejemplo, en las denominaciones empleadas por tribunales internacionales de derechos humanos su conceptualización y justificación es variable. La tendencia habla desde dar protección al Estado, a alguna “necesidad social imperiosa”, a la “sociedad en su conjunto”, a “intereses o derechos generales” como, asimismo, que la revelación de información de personajes públicos puede acarrear “consecuencias importantes para la comunidad”, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “El interés”, cit., pp. 271 y 276-277.

88 Desarrollo no exento de dificultades, eso sí, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “Las falencias del test de interés público como instrumento de ponderación entre el acceso a la información pública y la vida privada”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n. 38, 2012, pp. 510 y 521; COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “El interés”, cit., pp. 269-271; COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “La vida privada”, cit., pp. 243, 247 y 251 nota al pie 144.

89 Según COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “Evaluación crítica de la noción de que los funcionarios públicos tienen una intimidad más reducida que la de una persona ordinaria. (A propósito de algunas decisiones del Consejo para la Transparencia)”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, n. 3, 2014, pp. 873-875, en Chile, la minusvaloración de la privacidad de los “personajes públicos” -y específicamente de los funcionarios públicos- ha sido corroborada con la jurisprudencia desarrollada por el Consejo para la Transparencia, sobre la base del texto del artículo 30 de la ley N° 19.733. Señala el autor que para este Consejo, la minusvaloración se justifica en el “interés público” que existe por conocer detalles de la función pública que desarrollan esas personas y, también, en el fomento de la publicidad y transparencia de los órganos del Estado.

versus el daño que su divulgación generaría en los derechos de las personas, y aunque ni del texto, contexto ni de la historia fidedigna de la "ley de Transparencia" fluye antecedente alguno que pudiera dar pie para sostener la legitimidad acerca de la procedencia de aplicar dicho test, se asume que la concurrencia de un "interés público" justifica la intromisión y difusión de datos o informaciones amparadas por derechos fundamentales<sup>90</sup>.

Ahora bien, la definición de qué es el "interés público", en sí mismo, no es una cuestión pacífica en nuestro medio<sup>91</sup>. Se ha dicho que el bien común, como categoría general, tendría expresiones concretas en el fomento y protección, por ejemplo, de la salud de la población, la seguridad pública, el correcto desempeño de las funciones públicas y, también, en el interés por acceder y difundir opiniones e informaciones<sup>92</sup> ámbito que, en definitiva, terminaría cooptando el concepto "interés público". Desde esta última perspectiva, décadas atrás, Novoa Monreal decía que "hechos de interés para el público" son "todos aquellos que permiten a éste un ejercicio más efectivo de sus derechos y el cumplimiento mejor de sus obligaciones para con la sociedad y con los demás individuos, un conocimiento más apropiado de sus valores nacionales y culturales, la formación de un sentido crítico para la apreciación de los hechos, el desenvolvimiento de sentimientos de amistad y de respeto mutuo con otros hombres, grupos o pueblos y una compenetración más perfecta con las aspiraciones y necesidades de su propio pueblo y las de otros, esto último como medio de acrecentar la cooperación y comprensión mutua y de reducir tensiones y conflictos"<sup>93</sup>. Claro está que no toda información conllevará "interés público" per se sino que solo aquella que posea cierta entidad de acuerdo al lugar donde ocurra, las personas involucradas y el cargo o función desempeñada por éstas<sup>94</sup>. Así, se ha dicho, por ejemplo, que una reunión de trabajo de un ciudadano común no habilitaría para afectar ilegítimamente su derecho a la propia imagen, pues se trataría de un simple hecho de la vida pública. Distinto sería el caso de una reunión de trabajo de un Ministro de Estado o del Presidente de la República, ya que esos sí corresponden a auténticos "hechos de interés público"<sup>95</sup>. El problema, no obstante, es que aun así sigue siendo una delimitación problemática pues el énfasis se pone en la persona involucrada más que en el hecho en sí mismo<sup>96</sup>. Y si hasta el lugar en donde ocurren los

90 Según se dice, el Consejo para la Transparencia no ha seguido siempre la misma denominación para ese test pues, también lo ha designado como el de la "figura pública devaluada en su intimidad" o "datos sensibles como barrera infranqueable al derecho de acceso". En cambio, cuando el perjuicio se predica respecto de otros bienes públicos -como la seguridad o el interés nacional- la operación pasa a llamarse "test de daño", vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "Las falencias", cit., pp. 504-505 y 514-516.

91 Vid. BARROS BOURIE, E.: *Tratado*, p. 559.

92 Vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "El interés", cit., p. 273.

93 NOVOA MONREAL, E.: *Derecho*, p. 157.

94 Vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "El interés", cit., pp. 260-261 y 299.

95 Vid. CASTRO FRIAS, M.: "Privacidad", cit., p. 262. Anteriormente, para el caso español, vid. DE LA IGLESIA CHAMARRO, A.: "El derecho", cit., pp. 306-307.

96 Vid. LOVERA PARMO, D.: "El interés", cit., p. 67. RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: "El derecho", cit., p. 21, ha dicho que "es la actividad, la actitud en definitiva, y no el lugar, o la persona, lo que determina y delimita los contornos de lo



hechos resulta relativizado, justificándose la prevalencia de la libertad de información -por sobre el derecho a la imagen-, incluso cuando los retratos han sido captados en espacios de acceso restringido<sup>97</sup>. Desde otra perspectiva, se ha planteado que el interés público alcanzaría solo a las noticias que posean fines “informativos”<sup>98</sup>, es decir, descartando las meramente comerciales o publicitarias<sup>99</sup> y todas aquellas noticias que tienden a satisfacer una malsana curiosidad, que despierten las bajas pasiones o que causen daño a los intereses generales de la sociedad<sup>100</sup>. Claro que tampoco se trata de un criterio definitivo, pues hay quienes incluyen en esos fines informativos la posibilidad de “incrementar las ventas o la audiencia o, al menos, el prestigio del medio”<sup>101</sup>, aun si estos medios pertenecen al “género frívolo, de entretenimiento o espectáculo”<sup>102</sup>, aspecto sobre el que el mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado favorablemente<sup>103</sup>.

Debemos entender que el contexto de la aplicación del test del “interés público”, en el caso “Paga Marcel paga”, está en íntima y directa relación con el concepto que la Corte de Apelaciones de Santiago tiene respecto a los derechos fundamentales. Para el tribunal<sup>104</sup> éstos son normas de principios que encierran valores, “derechos prima facie”, “mandatos de optimización” que cuando entran en conflicto con otros derechos fundamentales deben ser sometidos a un balanceo o ponderación, con miras a “definir cuál de los derechos en conflicto ha de prevalecer en el caso concreto”<sup>105</sup>. Así, para la Corte, “[u]n parámetro para esa ponderación es la calidad o posición que la persona involucrada ocupa en la sociedad y el interés público que pueda atribuirse a los juicios de valor inherentes a toda opinión, ya

---

privado”. Por lo demás, es éste el criterio que aplicó la Corte de Apelaciones en el caso “Paga Marcel paga”.

97 Vid. RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: “El derecho”, cit., pp. 22 y 28.

98 Y no solo interés informativo político o contingente sino, también, el “interés histórico, científico o cultural”, RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: “El derecho”, cit., p. 16.

99 Vid. PASCUAL MEDRANO, A.: “Personajes Públicos”, cit., p. 31; CLIMENT GALLART, J.A.: “Opinión pública”, cit., p. 244. A propósito del artículo 30 de la “ley de Prensa”, LARRAÍN PÁEZ, C.: “Responsabilidad civil”, cit., p. 149, sostiene que el derecho a la propia imagen de una persona, que ejerce una función pública, cede ante la libertad de información siempre que las imágenes se hayan captado en ese contexto y para ilustrar hechos de interés público “con una finalidad estrictamente informativa”, es decir, no publicitaria.

100 Vid. NOVOA MONREAL, E.: *Derecho*, cit., pp. 157, 195-196. Según CLIMENT GALLART, J.A.: “Opinión pública”, cit., p. 244, ese es el motivo por el cual se excluye la denominada “prensa rosa”, pues no es lo mismo “interés público” que “interés del público”. Aun así, este autor, opta por reemplazar el concepto “interés público” por el de “relevancia pública” e, incluso, el de “hecho noticiable”, al resultar más objetivables.

101 Incluso si las imágenes dicen relación con personas comunes y corrientes, vid. RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: “El derecho”, cit., pp. 11 y 25. En contra, BATALLER RUIZ, E.: “El derecho”, cit., p. 153, señala que el Tribunal Supremo español, bajo el término “publicación innecesaria”, descarta amparo a la libertad de expresión respecto a todas las imágenes o informaciones que no respondan a un suceso público -como, por ejemplo, la actividad íntima de ciertos personajes- o que solo busquen la obtención de mayor difusión y ganancias monetarias por parte del medio que las publica.

102 Según RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: “El derecho”, cit., pp. 25-26, en España el interés público informativo dependerá del género socialmente admitido al que pertenezca el medio.

103 Aunque con la limitación de que la información no se refiera explícitamente a la intimidad personal y que sus fines no sean satisfacer la mera curiosidad de las masas, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “La vida privada”, cit., pp. 253-254.

104 Apoyándose en la obra de ALEXY, R.: *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 2006.

105 Considerando 6°.

que su consideración es capaz de marcar el grado de protección que deba otorgarse a la privacidad, en su manifestación del derecho a la propia imagen"<sup>106</sup>. En Chile, esta postura -respecto al balanceo- es herencia de la doctrina iniciada el siglo pasado y por la cual se propone compatibilizar el derecho a la imagen con el ejercicio de la actividad periodística<sup>107</sup> y que durante la década de 1980 se declararía expresamente a favor de la ponderación de derechos para solucionar los eventuales conflictos, primero desde el Derecho penal<sup>108</sup> y, años más tarde, desde el ámbito constitucional<sup>109</sup> e, incluso, la iusprivatística nacional<sup>110</sup>. En este balanceo o ponderación, la justificación que se entregaba, hacia finales del siglo XX, decía que aun cuando el derecho a la vida privada y la libertad de información no fuesen absolutos, ello no implicaba que estuvieran a un mismo nivel ya que el primero sería solo una prerrogativa de carácter individual; la libertad de información, en cambio, constituye un derecho social que interesa a toda la comunidad, de ahí que concurriendo interés público esta libertad debe prevalecer, incluso si la información da cuenta de hechos de "la vida privada de algún individuo"<sup>111</sup>.

En la actualidad, el interés público informativo sigue siendo el parámetro escogido para justificar afectaciones a derechos fundamentales, operando en la práctica como una categoría normativa que confiere a priori prevalencia a la libertad de expresión por sobre el derecho a la imagen o el derecho a la vida privada, precisamente por la consecución de ese bien superior: el interés público informativo<sup>112</sup>. No obstante, el problema principal es que la justificación y definición de dicho interés tiende a ser tautológica, de ahí que un acuerdo dogmático al respecto resulte sumamente necesario para poder avanzar en la resolución de una serie de cuestiones jurídicas contemporáneas relativas al Derecho de la comunicación o información.

## I. El "interés público informativo" como límite a los derechos fundamentales

El caso "Paga Marcel paga" es una muestra más de la extendida tendencia doctrinal y jurisprudencial chilena que, en caso de conflicto, hace prevalecer la libertad de expresión por sobre otros derechos fundamentales en la medida que

---

106 Considerando 6°.

107 Y, en general, con el derecho a la información, vid. DOMINGUEZ ÁGUILA, R. y DOMINGUEZ BENAVENTE, R.: "Las servidumbres", cit., p. 46.

108 Vid. NOVOA MONREAL, E.: *Derecho*, cit., p. 184.

109 Vid. LOVERA PARMO, D.: "El interés", cit., p. 95. Para el caso español, vid. PASCUAL MEDRANO, A.: "Personajes Públicos", cit., p. 29.

110 Vid. BARROS BOURIE, E.: *Tratado*, cit., p. 560.

111 Para NOVOA MONREAL, E.: *Derecho*, cit., pp. 181, 186, 188, 195-196, y 200, el derecho a la vida privada y la libertad de información no podían calificarse como absolutos pues no figuraban mencionados en las disposiciones excluyentes contenidas en los Pactos y Tratados internacionales sobre derechos humanos. Incluso, este autor llegó a postular que la prensa ejerce un servicio público que ha de estar a disposición del pueblo para hacer efectivo su derecho a obtener información.

112 Y encontrarse "en la esencia misma del sistema democrático", CUMENT GALLART, J.A.: "Opinión pública", cit., p. 243.

concurra interés público en la información divulgada<sup>113</sup>. Al realizar la ponderación, la Corte insistió en atender al “interés público”<sup>114</sup> o “generalizado”<sup>115</sup> y, así, justificar dicha preferencia, máxime si se considera que la autodeterminación de las personas públicas, respecto a su derecho a la imagen, ha de replegarse con una intensidad mayor “al estar sometidas al escrutinio de cualquier observador”<sup>116</sup>. Y pese a que el tribunal no lo dice expresamente, el estándar al que alude es el contemplado en el artículo 30 de la “ley de Prensa”, norma que faculta al inculcado por el delito de injurias, causado a través de un medio de comunicación social, probar la verdad de sus expresiones si éstas dicen relación con hechos o conductas relativos al ejercicio de una función pública o si con esas expresiones buscaba defender un “interés público real”. En su inciso II, el legislador aclara que, para los efectos de dicho artículo 30, se considerarán como “hechos de interés público de una persona”: a) los referentes al desempeño de funciones públicas; b) los realizados en el ejercicio de una profesión u oficio y cuyo conocimiento tenga interés público real; c) los que consistieren en actividades a las cuales haya tenido libre acceso el público, a título gratuito u oneroso; d) las actuaciones que, con el consentimiento del interesado, hubieren sido captadas o difundidas por algún medio de comunicación social; e) los acontecimientos o manifestaciones de que el interesado haya dejado testimonio en registros o archivos públicos; y f) los consistentes en la comisión de delitos o participación culpable en los mismos.

En la práctica judicial chilena es de común ocurrencia supeditar la preponderancia de la libertad de expresión e información, por sobre otros derechos fundamentales, a la concurrencia de este “interés público informativo”, sea cual sea el contexto, medio o signo a través del cual se hayan divulgado las opiniones o informaciones. El año 2016, por ejemplo, la Corte Suprema dijo: “que conforme lo expuesto estamos en presencia de la develación de un hecho de relevancia pública, prevaleciendo en este caso la libertad de información por sobre el derecho al honor; en atención al derecho que tiene la ciudadanía de conocer aquellos hechos y conductas de relevancia pública de la información, que está dada por la importancia o trascendencia pública de los hechos en sí./ En consecuencia, la injerencia en el ámbito del honor ajeno encuentra su justificación en la causa del interés público, en la relevancia pública del asunto; precisamente porque, en tales casos, el derecho lesionado (honra ajena) aparece como un valor menor frente al derecho de la sociedad a formarse opinión sobre hechos delictuales cometidos al interior de un Centro Penitenciario y, además,

---

113 Incluso cuando se afecta la honra, vid. BARROS BOURIE, E.: *Tratado*, cit., pp. 577-578 y 586. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “Las falencias”, cit., p. 520, señala que, en Estados Unidos, efectivamente se estableció una jerarquización apriorística en torno a la dicotomía libertad de expresión versus honra de los personajes públicos, aunque ello no la hacía extensiva a la privacidad, en el entendido de una intimidad reducida de éstos. De hecho, para este último caso, se recurría a la ponderación y la comprobación de un interés público informativo. Asimismo, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “La vida privada”, cit., pp. 250, 258.

114 Considerando 6°.

115 Considerando 9°.

116 Considerando 9°.

la lesión del honor del recurrente no es producto de la información sino de la propia conducta del recurrente, la que puede producirle deshonor y descrédito”<sup>117</sup>. Más recientemente, y a propósito de una multa que el Consejo Nacional de Televisión de Chile (CNTV) impuso a un canal nacional, precisamente porque en la información divulgada no concurría el interés público informativo<sup>118</sup>, la Corte de Apelaciones de Santiago señaló: “[q]ue la situación personal del señor (...) y su modo de vida, no es un hecho relevante y que debía ser objeto de información al público, en los términos que se planteó, según se expuso precedentemente. Tampoco se puede vislumbrar la necesidad de hacer pública esta investigación y su divulgación, pues el señor (...), no es actualmente un personaje público o por lo menos no se le dio la oportunidad que libre y voluntariamente, decidiera dar a conocer su actual modo de vida. No es contradictorio que exista una publicación en una página web, pues lo hace a través de un seudónimo, lo que constituye claramente una barrera entre su vida privada y lo público de sus actividades”<sup>119</sup>. En consecuencia, concluye la Corte: “[q]ue, en este caso, existiendo una colisión de derechos entre el N° 4 y el N° 12 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, claramente y por las razones dadas, esta Corte estima que prevalece el derecho a la vida privada, a la honra y a la imagen de (...), concordando con lo razonado por el CNTV en la resolución que se impugna<sup>120</sup>; como también que hubo un trato irrespetuoso, por la forma en que fue abordado y que se refirieron a su persona, pues aun cuando las palabras estén reconocidas en el diccionario de la Real Academia de la Lengua, el problema se suscita al dar a conocer su situación, que se encuentra dentro del ámbito privado e íntimo, sin darle la posibilidad de decidir su divulgación o publicidad, en forma libre y voluntariamente”<sup>121</sup>.

De la jurisprudencia citada, se desprende que el único límite al “interés público informativo” son aquellos hechos, datos o informaciones pertenecientes a la esfera privada de las personas, en especial los “relativos a su vida sexual, conyugal, familiar o doméstica”, tal y como prescribe el inciso final del artículo 30 de la ley N° 19.733<sup>122</sup>. En una primera aproximación, este último inciso parece confirmar la tesis que afirma que solo en la promoción y resguardo de la libertad de expresión o información puede existir interés público y, de paso, que la intimidad deviene en límite o excepción a éste. Sin embargo, las dificultades que conlleva perseverar en esta tesis dicen relación con el amplio margen de discrecionalidad que entrega el artículo 30

117 *Salgado con Canal 13*: Corte Suprema, 24 de mayo de 2016, rol n. 17.732-2016, considerando 6°.

118 *Universidad de Chile con CNTV*: Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de julio de 2017, rol n. 3590-2017.

119 Considerando 8°.

120 De acuerdo al considerando 3° de este fallo, el CNTV había señalado, en sede administrativa, que: “aquí el bien jurídico protegido es el de la privacidad, por lo que no existe ningún interés público que justifique divulgar tal información”.

121 Considerando 9°.

122 A menos que sean “constitutivos de delito”, eso sí, pues en esos casos igualmente serán considerados como hechos de interés público.

al juzgador para definir cuándo concurre aquel “interés público informativo”<sup>123</sup> y, además, con la negación de otras formas de interés público que podrían concurrir; por ejemplo, en el resguardo del derecho a la propia imagen o de la vida privada. En efecto, una nueva línea interpretativa viene proponiendo esto último, en el sentido que el juzgador puede apelar al “interés público”, incluso, para justificar la prevalencia del derecho a la vida privada o a la imagen por sobre la libertad de información. Para esta incipiente doctrina<sup>124</sup>, el concepto, test y metodología elaborado a partir del artículo 30 de la ley N° 19.733 merece una urgente y profunda revisión, y desde ya postula que en presencia de un conflicto entre la libertad de información y el derecho a la imagen<sup>125</sup> habrá que atender no solo al interés público de quienes desean acceder o revelar información sino que, y al mismo tiempo, se deberá ponderar el interés público de quien pretende resguardar su imagen<sup>126</sup>.

Que la defensa de la libertad de expresión y de información es de vital para toda sociedad democrática no lo vamos a negar<sup>127</sup>; mas ello no implica una patente de corso ni puede servir de amparo a la difusión de cualquier tipo e informaciones<sup>128</sup>, máxime si la tendencia internacional avala el reconocimiento universal del derecho fundamental a la imagen<sup>129</sup>. En nuestro país, el ejercicio prácticamente absoluto de la libertad de expresión se explica en la aversión que existe hacia la censura, trauma heredado de la reciente dictadura militar ocurrida entre 1973 y 1990<sup>130</sup>. Y aunque no sea el único antecedente, sin duda constituye un imponderable a la hora de explicar la sobre-reacción que existe por defender la libertad de expresión y las empresas de comunicación en Chile, más aun cuando se reivindica el papel

123 En circunstancias que todo indica que ni el constituyente habilitó al legislador para aquello ni éste, por su parte, ha habilitado al juzgador, vid. LOVERA PARMO, D.: “El interés”, cit., pp. 73 y 75; COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “Notas críticas”, cit., p. 183; COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “El interés público”, cit., pp. 275-276; COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “La vida privada”, cit., p. 240.

124 Vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “La vida privada”, cit., p. 259.

125 O el derecho a la vida privada, a la honra, etcétera.

126 O su intimidad, honra, etcétera. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “Evaluación crítica”, cit., p. 892 y ss., va aun más allá y plantea, en relación al citado artículo 30, que el “interés público” por conocer hechos privados que afecten a “personajes públicos”, y en especial, a los “funcionarios públicos”, puede justificarse en el ejercicio de la libertad de expresión -vía “ley de Prensa”-, pero no el derecho al acceso a la información pública -vía “ley de Transparencia”-, básicamente, porque respecto a la primera cabría la posibilidad de sopesar o balancear derechos fundamentales, en cambio, atendiendo a la “ley de Transparencia” la posibilidad de balanceo entre el acceso a la información y el derecho a la vida privada estaría expresamente vedado.

127 En la actualidad se afirma que la libertad de expresión, además de un derecho subjetivo, constituye una “garantía institucional de la opinión pública libre, base misma del pluralismo político y sostén de una democracia representativa”, CLIMENT GALLART, J.A.: “Opinión pública”, cit., p. 243.

128 Tradicionalmente, lo “público” y la “opinión pública” se han considerado referidos, directa o indirectamente, a la configuración y participación política de la ciudadanía. De ahí la prevención respecto a que no toda opinión, expresión o información puede quedar cubierta por la garantía de la libertad de expresión ya que se corre el riesgo de transformar todo en “político” o “público”, desvirtuando la misma garantía que ampara dicha libertad, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “Evaluación crítica”, cit., pp. 886-887.

129 Vid. PASCUAL MEDRANO, A.: “Personajes Públicos”, cit., p. 47.

130 Aunque, la nuestra, no es la opinión mayoritaria. Por ejemplo, para LOVERA PARMO, D.: “El interés”, cit., pp. 56 y 84, es la libertad de expresión la que -en la jurisprudencia de las últimas décadas- “ha resultado fuertemente dañada en frente de la vida privada, tanto así, que Chile posee uno de los estándares más bajos de libertad de expresión”.

que éstos se han irrogado en defensa de la democracia occidental<sup>131</sup>, en cuanto “vigilantes de las acciones de los políticos, vigilantes del poder y de sus abusos, y, sobre todo, defensores de los intereses de los ciudadanos”<sup>132</sup>, poder factual que solo responde a la deontología periodística para autorregularse y, en cuya virtud, se justifica la indagación y divulgación de las más íntimas miserias humanas, incluso de aquellas que no merecen reproche jurídico y que ni siquiera el Estado está habilitado para investigarlas ni, mucho menos, divulgarlas a la opinión pública<sup>133</sup>. En el caso “Paga Marcel paga”, la Corte de Apelaciones de Santiago justificó el accionar de la empresa recurrida en que “[e]l fenómeno de las llamadas ‘redes sociales’ -Facebook, Twitter, Whatsapp, Youtube- tiene múltiples dimensiones y, entre las virtuosas, está la de servir como medios de encuentro virtual, de plataformas de expresión de datos, inquietudes, opiniones e ideas y, en lo que resulta de modo especialmente atingente, actúan también como mecanismos de control ciudadano”<sup>134</sup>. Se trata, sin embargo, de una decisión sumamente cuestionable. Y no solo desde la perspectiva del derecho a la propia imagen pues entre los hechos que, de acuerdo al inciso final del artículo 30 de la “ley de Prensa”, no serán considerados de interés público, se encuentra la información alfanumérica patrimonial, financiera y/o comercial de las personas, datos personales que encuentran amparados, además, en la ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada<sup>135</sup>. Mayor dificultad ofrece la justificación de esta sentencia si consideramos que -jurídicamente, al menos- el deber por demostrar la administración patrimonial de los políticos no alcanza a un candidato a la presidencia pues la obligación de declarar intereses y patrimonio, impuesta en el inciso III del art. 8 de la Constitución Política, afecta solo al “Presidente de la República, los Ministros de Estado, los diputados y senadores, y las demás autoridades y funcionarios que una ley orgánica constitucional señale”, norma que se ve reforzada por el artículo 21 N° 2 de la “ley de Transparencia” en cuanto permite denegar total o parcialmente el acceso a la información pública “[c]uando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico”. Por último, y pese a no estar vigente al momento de la resolución de dicho caso, podemos traer a colación el artículo 23 de la ley N° 20.880, sobre “probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses”<sup>136</sup>, ya

131 Como relata la literatura jurídica reciente, tanto en Chile como en el ámbito internacional, es un valor compartido el que la libertad de expresión, de opinión y el derecho de acceso a la información pública resultan esenciales para la vigencia del régimen democrático, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “Evaluación crítica”, cit., pp. 882-884.

132 URIARTE, E.: “La crisis de la imagen de la política y de los políticos y la responsabilidad de los medios de comunicación”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 111, 2001, p. 50. A juicio de CLIMENT GALLART, J.A.: “Opinión pública”, cit., pp. 250-251, los *mass media* cumplen “una función social” y no solo de informar sino, también, de controlar al gobierno y otras instituciones.

133 Vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “Notas críticas”, cit., pp. 193-195.

134 Considerando 7°.

135 Vid. BARROS BOURIE, E.: *Tratado*, cit., p. 574.

136 Publicada en el Diario Oficial el 5 de enero de 2016.

que establece la obligación de constituir un mandato especial de administración de cartera de valores y la enajenación forzosa para las autoridades señaladas en su título III, a excepción de los "candidatos a Presidente de la República, diputados o senadores, consejeros regionales y alcaldes", quienes "podrán de forma voluntaria someterse a las normas de este Título al momento de inscribir la correspondiente candidatura en el Servicio Electoral".

## 2. Redes sociales digitales y redefinición de los medios de comunicación social

En cuanto a la plataforma a través de la cual se difundió la información patrimonial y comercial del recurrente, de forma audiovisual, debemos tener en cuenta que la proliferación de esos canales comunicativos hace prácticamente imposible -a los tribunales de justicia y otros entes regulatorios- controlar los contenidos difundidos en Internet<sup>137</sup>. Tradicionalmente, en el ámbito jurídico chileno, se ha considerado a la actividad periodística profesional como la única capaz de dar vida y poner en práctica el anhelo por la libertad a emitir opiniones, pensamientos, y pareceres libres de toda censura, de ahí que se la considere como único sujeto pasivo de la regulación pertinente -y, en especial, del estándar del "interés público"-, descartando su aplicación a particulares<sup>138</sup>. Incluso, se ha sostenido que la responsabilidad de una persona, ajena a la industria del periodismo, que "publica en su blog una noticia sobre algún personaje público, se regirá por las reglas generales del Derecho Civil, pero no por el régimen especial de la ley N° 19.733"<sup>139</sup>. No obstante, la actualidad legislativa chilena dicta otra cosa ya que el tradicional concepto de medio de comunicación, incorporado en la "ley de Prensa"<sup>140</sup>, está siendo discutido en el parlamento precisamente para regular el ejercicio de la libertad de expresión a través de plataformas y redes sociales que operan en Internet<sup>141</sup>. Sin ir más lejos,

137 En Chile, el Consejo Nacional de Televisión está, desde hace algún tiempo, sumamente empeñado en dicho control, vid. <http://www.latercera.com/noticia/presidente-del-cntv-pide-mayor-fiscalizacion-contenidos-inadecuados-internet/>.

138 Vid. LOVERA PARMO, D.: "El interés", cit., pp. 55 y 90-91. De manera similar, la jurisprudencia española ha dicho que "la protección constitucional de las libertades de información y de expresión alcanza un máximo nivel cuando es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción", vid. BATALLER RUIZ, E.: "El derecho", cit., p. 156. A propósito del caso estadounidense, como indica COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "Evaluación crítica", cit., pp. 883 y ss., la ampliación de la categoría subjetiva de los personajes o figuras "públicas" -desde los cargos electivos hasta los ciudadanos comunes- brindó cobertura constitucional al rol de la prensa para reportear hechos de la vida privada de las personas.

139 FEDDERESEN MARTÍNEZ, M.: "Responsabilidad civil y actividad periodística en Chile", *Cuadernos de análisis jurídicos, serie colección Derecho privado*, n. IV, 2008, p. 75.

140 Artículo 2: "Para todos los efectos legales, son medios de comunicación social aquellos aptos para transmitir, divulgar, difundir o propagar, en forma estable y periódica, textos, sonidos o imágenes destinados al público, cualesquiera sea el soporte o instrumento utilizado./ Se entenderá por diario todo periódico que se publique a lo menos cuatro días en cada semana y cumpla con los demás requisitos establecidos en la ley".

141 Nos referimos al proyecto de ley que modifica la ley N° 19.733, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, para exigir a los diarios electrónicos, el cumplimiento de las exigencias establecidas, para los medios de comunicación social (boletín N° 9461-19), y al proyecto que modifica, también, la ley N° 19.733 con el objeto de consagrar expresamente a los diarios electrónicos como medios de comunicación social (boletín N° 9460-19) y que pretende sustituir el inc. II del artículo 2° por el siguiente: "se entenderá por diario todo periódico impreso en papel o publicado por vía digital o electrónica a lo menos cuatro días en

la misma Corte reconoció, en este caso, la ampliación de dicho concepto:“(…) de otra parte, es una realidad indesmentible que actualmente no existe el monopolio de la información, originaria y preponderantemente radicado en los medios de comunicación social. Hoy en día las personas disponen de información de primera fuente. Las tecnologías modernas propician su adquisición y divulgación en forma inclusive instantánea”<sup>142</sup>. Sin desconocer el avance que esto significa, igual subsisten las dificultades para hacer efectiva la responsabilidad ex post por los abusos cometidos a través de plataformas digitales. Incluso, el mismo “derecho a réplica”, contemplado en el artículo 16 de la ley N° 19.733<sup>143</sup>, se muestra como una quimera<sup>144</sup>. Como se ha sostenido en el último tiempo, todo indica que cuando la única modalidad reparatoria, a causa de esos abusos, es la indemnizatoria, no queda sino reconsiderar la vía preventiva para impedir la afectación de los derechos fundamentales<sup>145</sup>. A ello, debemos agregar las particularidades transfronterizas que implica administrar justicia en el escenario actual, no solo por las dificultades técnicas que conlleva identificar a los responsables en la cadena del flujo informativo, sino -y evidentemente- porque los tribunales chilenos no pueden extender su imperio sobre empresas tecnológicas domiciliadas en territorio extranjero. Por eso que obligar a Facebook o a Youtube a censurar y, mucho menos, “bajar” un video resulte hoy prácticamente inviable y, en consecuencia, nuestras Cortes estén ensayando la fórmula que ordena directamente al infractor o usuario retirar las imágenes que ha comunicado indebidamente a través de Internet<sup>146</sup>.

---

cada semana y cumpla con los demás requisitos establecidos en la ley”. Ambos proyectos fueron ingresados el 15 de julio de 2014, vía moción parlamentaria.

142 Considerando 7°.

143 Artículo 16: “ Toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su aclaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que se establecen en los artículos siguientes, por el medio de comunicación social en que esa información hubiera sido emitida”.

144 A juicio de LARRAÍN PÁEZ, C.: “Responsabilidad civil”, cit., p. 150, nota al pie n. 117, este derecho de aclaración y rectificación ni siquiera tiene relación directa con los problemas del derecho a la propia imagen.

145 Vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: “Libertad de opinión e información: algunos tópicos interesantes en la jurisprudencia chilena”, *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, año 2, n. 1, 2014, p. 108. Anteriormente, se ha dicho que “el ordenamiento jurídico chileno permite la tutela preventiva de los derechos a la honra, vida privada e imagen, ya sea a través de la acción constitucional de protección deducida por amenaza al ejercicio legítimo de un derecho constitucional, ya sea a través de una acción civil común de responsabilidad por daño contingente prevista en el artículo 2333 del Código Civil, aunque esta plantea dificultades en cuanto a la celeridad del procedimiento”, CORRAL TALCIANI, H.: “Sobre la responsabilidad civil de los periodistas y de los medios de comunicación social por atentados a la honra, intimidad e imagen”, *Información Pública*, vol. 4, n. 2, 2006, p. 30. Una opinión contraria manifiesta PINO EMHART, A.: “Cambios recientes en la defensa de interés público (privilegio Reynolds) respecto a la acción de responsabilidad por difamación del derecho inglés”, *Revista chilena de Derecho Privado*, n. 23, 2014, cit., pp. 263-264 y 273-274, pues a su juicio la tendencia actual es dar prioridad a la libertad informativa, incluso en países que tradicionalmente fueron más proclives a proteger la privacidad.

146 Por ejemplo, y revocando una sentencia, ha resuelto la Corte Suprema: “[s]e acoge el recurso de protección deducido en lo principal, solo en cuanto se dispone que la recurrida deberá adoptar todas las medidas conducentes para eliminar la publicación de la fotografía del actor desde Facebook”. El caso corresponde a *Venegas con Marchant*: Corte Suprema, 10 de noviembre de 2015, rol n. 9973-2015. Una medida similar adoptaría la Corte de Apelaciones de Santiago, el año 2016, señalando al efecto que: “[s]e acoge la acción constitucional de fojas 1 solo en cuanto la recurrida, Canal 13 S.A., deberá proceder a retirar de todas sus plataformas web el capítulo del programa “En su propia trampa”, exhibido el 21 de octubre de 2015, mientras no sean suprimidas todas las referencias que en él se realizan al recurrente, don (...), ya sean éstas hechas a través de imágenes o en forma verbal”. Este último fallo corresponde a *Salgado con Canal 13*: Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de



### 3. Críticas al interés público como elemento exclusivo y excluyente de la libertad informativa

Como corolario de este último epígrafe, podemos afirmar que hoy, en Chile, necesario resulta asumir que el "interés público" está presente no solo en el acceso y divulgación de informaciones u opiniones, sino que también en la protección del derecho a la propia imagen, de la vida privada como, asimismo, en el resguardo y promoción de otros principios y derechos fundamentales incorporados a nuestro ordenamiento jurídico. Claramente, la jurisprudencia de la cual nos hemos servido demuestra que, para nuestros tribunales superiores, el "interés público" es exclusivo de la libertad de expresión e información y no uno más de las tantas expresiones que tiene el bien común, cauce del ejercicio y elemento modulador de las más diferentes libertades y derechos que pueden llegar a confrontarse<sup>147</sup>. Como demuestra una incipiente -pero no menos consistente- literatura, en la actualidad se reconocen diferentes posiciones frente al denominado "interés público", siendo la más extendida aquella que pone a éste como una opción excluyente frente a otros derechos reclamados, y de donde algunos partidarios de la tesis de la "ponderación" o "balanceo" han construido el método para determinar que si el beneficio de afectar un derecho es superior a su costo, aquel debe prevalecer<sup>148</sup>, tal como lo hizo la Corte en "Paga Marcel paga" al otorgar preferencia a la libertad de expresión esgrimida por la recurrida. El problema, sin embargo, es que esta posición binaria impide ver que tras el resguardo de la vida privada también pueden existir intereses públicos tan o más relevantes que el relativo a la obtención y divulgación de opiniones e informaciones. Es más, en muchas ocasiones a través de la protección de la vida privada se ha conseguido el cuidado de los mismos bienes proclamados en nombre de la libertad de información, por ejemplo, mediante la reserva de antecedentes íntimos o datos sensibles de personajes públicos cuya develación podría afectar el adecuado ejercicio de una magistratura e, incluso, la misma seguridad nacional, como ocurrió en Francia con un ex presidente de la República<sup>149</sup>, o la situación que afectó a un ex Primer Ministro irlandés<sup>150</sup>.

Al final, no podemos dejar de señalar que si bien, en sus orígenes, el "interés público" se configuraba como una limitación estatal respecto a los derechos de

---

marzo de 2016, rol n. 97662-2015, aunque -como dijimos arriba- posteriormente sería revocado por la Corte Suprema; vid. pp. 26 y ss. de la presente investigación.

147 Vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "El interés", cit., pp. 298 y 303.

148 En otro extremo, se encontrarían aquellas posiciones que ponen a los derechos al margen de todo cálculo relativo a la mayor o menor intensidad del interés público proclamado, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "El interés", cit., pp. 283-286.

149 A propósito de la intención del médico del ex presidente Mitterrand por develar detalles de la enfermedad que lo aquejaba, vid. COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "El interés", cit., pp. 286-288, 292, 295-297.

150 A propósito del caso que enfrentó a Albert Reynolds con el periódico "The Sunday Times", vid. PINO EMHART, A.: "Cambios recientes", cit., p. 269. Y es que, como señala COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "El interés", cit., p. 294, a veces puede ocurrir que efectivamente la información posea interés público, pero la forma en que se ha comunicado resulte lesiva a otros derechos fundamentales.

las personas, en la actualidad es la sociedad civil entera quien participa de sus configuraciones, revistiendo una multiplicidad de formas, propias de las distintas expresiones y posturas que demanda una comunidad pluralista, de manera que, a efectos de su interpretación constitucional, el "interés público" no puede ser unívoco ni estático, en términos sociológicos o históricos, toda vez que admite diversos enfoques y contenidos<sup>151</sup>. En conclusión, no es un aspecto exclusivo y excluyente de la libertad de expresión o información.

## V. CONCLUSIONES

1. El derecho fundamental a la propia imagen consiste en la autodeterminación, reconocida a toda persona natural, para autorretratarse o convenir con terceros para que lo hagan, gratuita u onerosamente.

2. En el ordenamiento jurídico chileno, el comercio de derechos de imagen no está prohibido. Al contrario existen diversos antecedentes en donde justificar la tolerancia y regulación de su patrimonialidad y traficabilidad, de ahí que la tesis que lo califica como un derecho personalísimo -y extrapatrimonial- debiera de abandonarse definitivamente.

3. Sin perjuicio de lo señalado, el derecho a la propia imagen continúa bajo dependencia del derecho a la vida privada, sea en su consideración de derecho personalísimo o fundamental.

4. Para la dogmática chilena, la categoría "personaje público" está definida por la mínima popularidad o notoriedad mediática que alcance una persona, al margen si se trata de un político, un personaje de farándula, un ciudadano común o, incluso, una persona jurídica. Al mismo tiempo, la tesis dominante, es que los "personajes públicos" gozan de menor protección respecto a su derecho a la vida privada y, por accesoriadad, de su derecho a la imagen.

5. Ante las dificultades que conlleva la calificación de "personaje público", a efectos de justificar la minusvaloración de su derecho a la imagen, tanto la doctrina como la jurisprudencia chilenas han complementado -o derechamente reemplazado- dicha categoría subjetiva por otra objetiva: el "interés público informativo" que favorecerían determinadas publicaciones.

6. No existe consenso dogmático en orden a conceptualizar el "interés público", aunque a partir del antecedente positivo que entrega la ley N° 19.733, se estima que dicho interés se identifica únicamente con la libertad de expresión e información y

151 Vid. LOVERA PARMO, D.: "El interés", cit., pp. 68-70.

que, en caso de concurrir, hace prevalecer o vence el amparo otorgado al derecho a la propia imagen y otros derechos fundamentales.

7. Una incipiente doctrina jurídica muestra que el “interés público” no es exclusivo ni excluyente de la libertad de expresión, sino que es una manifestación más del bien común general. En este sentido, si el juzgador opta por la tesis del balanceo o ponderación entre derechos fundamentales, deberá atender y sopesar todos los intereses públicos concurrentes y no solamente determinar la presencia del “interés público informativo” para avalar la preferencia de aquella libertad sobre el derecho a la propia imagen o el derecho a la vida privada.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

AILLAPÁN QUINTEROS, J.: "Derecho a la propia imagen: ¿derecho personalísimo?, ¿derecho fundamental? Precisiones terminológicas para el ordenamiento jurídico chileno", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, n. 2, 2016, pp. 433-459.

AZURMENDI ADARRAGA, A.: *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, segunda edición, Universidad Iberoamericana, Biblioteca Francisco Xavier Clavigero, México D.F., 1998.

BARROS BOURIE, E.: *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

BATALLER RUIZ, E.: "El derecho a la imagen de los famosos: el caso Elsa Pataky", *Revista Boliviana de Derecho*, n. 15, 2013, pp. 148-159.

CASTRO FRÍAS, M.: "Privacidad, vida pública y honra frente a la libertad de expresión. Soluciones a un conflicto", *Revista de Derecho Público*, vol. 64, 2002, pp. 256-282.

CIFUENTES, S.: *Derechos personalísimos*, segunda edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995.

CLIMENT GALLART, J.A.: "Opinión pública y libertad de expresión", *Revista Boliviana de Derecho*, n. 23, 2017, pp. 240-261.

CORRAL TALCIANI, H.: "La vida privada y la propia imagen como objetos de disposición negocial", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, n. 8, 2001, pp. 159-175.

CORRAL TALCIANI, H.: "Sobre la responsabilidad civil de los periodistas y de los medios de comunicación social por atentados a la honra, intimidad e imagen", *Información Pública*, vol. 4, n. 2, 2006, pp. 253-286.

COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "Notas críticas a la figura del 'personaje público' como criterio legitimador para la intromisión en la vida privada de las personas", *Revista Estudios Constitucionales*, año 3, n. 2, 2005, pp. 163-197.

COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "Las falencias del test de interés público como instrumento de ponderación entre el acceso a la información pública y la vida privada", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n. 38, 2012, pp. 499-541.

COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "Libertad de opinión e información: algunos tópicos interesantes en la jurisprudencia chilena", *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, año 2, n. 1, 2014, pp. 95-116.

COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "Evaluación crítica de la noción de que los funcionarios públicos tienen una intimidad más reducida que la de una persona ordinaria. (A propósito de algunas decisiones del Consejo para la Transparencia)", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, n. 3, 2014, pp. 871-906.

COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "La vida privada de los funcionarios públicos frente a dos derechos: el acceso a la información pública y la libertad de expresión. (Algunos criterios empleados por la jurisprudencia chilena y comparada y su importancia relativa)", *Revista Ius et Praxis*, año 21, n. 1, 2015, pp. 217-270.

COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "El interés público como convergencia entre la libertad de expresión, el acceso a la información y el derecho a la vida privada", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n. 44, 2015, pp. 267-306.

DE LA IGLESIA CHAMARRO, A.: "El derecho a la propia imagen de los personajes públicos. Algunas reflexiones a propósito de las SSTC 139/2001 (caso Cortina) y 83/2002 (caso Alcocer)", *Revista española de Derecho constitucional*, año 23, n. 67, 2003, pp. 285-316.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria", *Revista Boliviana de Derecho*, n. 23, 2017, pp. 54-111.

DOMINGUEZ ÁGUILA, R. y DOMINGUEZ BENAVENTE, R.: "Las servidumbres a que obliga la grandeza. La esfera de intimidad y las personalidades públicas", *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, año 36, n. 144, 1968, pp. 28-52.

ESPINOZA ESPINOZA, J.: *Derecho de las personas*, séptima edición, Editorial Rodhas, Lima, 2014.

FEDDERESEN MARTÍNEZ, M.: "Responsabilidad civil y actividad periodística en Chile", *Cuadernos de análisis jurídicos, serie colección Derecho privado*, n. IV, 2008, pp. 71-94.

FERRANTE, A.: "La protección a la imagen y su materialidad en el ordenamiento chileno", *Revista Boliviana de Derecho*, n. 23, 2017, pp. 134-167.

GONZÁLEZ CIFUENTES, C.: *El derecho a la intimidad de los altos cargos*, tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2011.

GUZMÁN BRITO, A.: *Las cosas incorpóreas en la doctrina y en el Derecho positivo*, segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

HASSLER, T.: *Le droit à l'image des personnes, entre droit de la personnalité et propriété intellectuelle*, Lexis Nexis, Francia, 2014.

IGARTUA ARREGUI, F.: "El derecho a la imagen en la jurisprudencia española", en AA.VV.: *El mercado de las ideas* (coordinador P. Salvador Coderch) Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 319-338.

LARRAÍN PÁEZ, C.: "Responsabilidad civil por vulneración del derecho a la imagen: análisis comparado y propuestas para el Derecho chileno", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 26, 2016, pp. 119-185.

LOVERA PARMO, D.: "El interés público como estándar: Libertad de expresión y vida privada", en AA.VV.: *Libertad de expresión en Chile* (F. GONZÁLEZ, ed.), Santiago, Universidad Diego Portales, 2006, pp. 55-95.

NOGUEIRA ALCALÁ, H.: *El derecho a la Libertad de Opinión e Información y sus Límites (honra y vida privada)*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2002.

NOGUEIRA ALCALÁ, H.: "El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización", *Revista Ius Et Praxis*, año 13, n.2, 2007, pp. 245-285.

NOGUEIRA ALCALÁ, H.: *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, t. I, tercera edición, Editorial Librotecnia, Santiago, 2010.

NOVOA MONREAL, E.: *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos*, segunda edición, Siglo XXI Editores S.A., México, 1981.

PASCUAL MEDRANO, A.: *El derecho fundamental a la propia imagen*, primera edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

PASCUAL MEDRANO, A.: "Personajes Públicos y derechos a la propia imagen", *Leyes y Sentencias. Revista de Legislación y Jurisprudencia*, n. 109, 2010, pp. 27-47.

PINO EMHART, A.: "Cambios recientes en la defensa de interés público (privilegio Reynolds) respecto a la acción de responsabilidad por difamación del derecho inglés", *Revista chilena de Derecho Privado*, n. 23, 2014, pp. 263-274.

PFEFFER URQUIAGA, E.: "Los derechos a la intimidad o privacidad, a la honra y a la propia imagen. Su protección frente a la libertad de opinión e información", *Ius et Praxis*, vol. 6, n. 1, 2000, pp. 465-474.

RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: "El derecho sobre la propia imagen de la persona que ocupa un cargo público o ejerce una profesión de notoriedad o de proyección pública (art. 8.2.A de la L.O. 1/1982)", *Revista de Derecho Privado*, n. 95, 2011, pp. 3-28.

ROYO JARA, J.: *La protección del derecho a la propia imagen*, Editorial Colex, Madrid, 1987.

URIARTE, E.: "La crisis de la imagen de la política y de los políticos y la responsabilidad de los medios de comunicación", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 111, 2001, pp. 45-64.

VERDUGO MARINKOVIC, M., PFEFFER URQUIAGA, E., NOGUEIRA ALCALÁ, H.: *Derecho Constitucional*, t. I, reimpresión de segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

LA DIGNIDAD HUMANA Y EL LIBRE DESARROLLO DE LA  
PERSONALIDAD EN EL DERECHO DE FAMILIA EN MÉXICO:  
PRINCIPALES CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

HUMAN DIGNITY AND THE FREE DEVELOPMENT  
OF PERSONALITY IN FAMILY LAW IN MEXICO: MAIN  
JURISPRUDENTIAL CRITERIA

*Rev. Boliv. de Derecho* N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 144-173





Gisela María  
PÉREZ FUENTES

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 27 de mayo de 2017

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de junio de 2017

**RESUMEN:** La protección de la persona a través de los distintos sujetos que la integran en la familia, adquiere connotaciones diferentes según las características socio-políticas y económicas del país. Lo anterior permite presentar una realidad sobre el Derecho de Familia alejada del derecho romano en algunas instituciones fundamentales y con la perspectiva de la protección de los derechos humanos y su constitucionalización en el sistema jurídico mexicano. Se ha realizado este trabajo para destacar el cambio paradigmático de ciertas instituciones familiares, algunas que han variado en el contexto del derecho internacional privado, otras que son propias de las características históricas y culturales mexicanas y del desarrollo del Derecho familiar como disciplina autónoma del Derecho Civil por la presencia del orden público en el desarrollo de la familia, donde prima el interés superior del menor y la protección del sujeto más débil, por eso se destacan en este artículo varias figuras que han jugado un papel fundamental en la nueva concepción del derecho de familia como el concubinato y el patrimonio de familia.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho de familia, matrimonio, concubinato, alimentos, interés superior del menor, divorcio, patrimonio de familia.

**ABSTRACT:** The protection of the person through the different subjects that integrate it into the family, acquires different connotations according to the socio-political and economic characteristics of the country. This allows us to present a reality about Family Law that is removed from Roman law in some fundamental institutions and with the perspective of the protection of human rights and its constitutionalisation in the Mexican legal system. This work has been carried out to highlight the paradigmatic change of certain family institutions, some of which have changed in the context of private international law, others that are characteristic of Mexican historical and cultural characteristics and the development of family law as an autonomous discipline of Civil Law by the presence of public order in the development of the family, where the best interests of the child and the protection of the weakest subject matter, this article highlights several figures who have played a fundamental role in the new conception of the right of family as the concubinage and the family patrimony.

**KEY WORDS:** Family law, marriage, concubinage, food, superior interest of the minor, divorce, family patrimony.

**SUMARIO.**- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL DERECHO DE FAMILIA EN MÉXICO: LA DIGNIDAD HUMANA COMO PRINCIPIO Y NORMA EN EL DERECHO MEXICANO.- III. CONCEPTO Y CONTENIDO DEL DERECHO DE FAMILIA. UN CAMBIO PARADIGMÁTICO: NUEVAS FORMAS DE FAMILIA A PARTIR DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN Y DIGNIDAD DE LA PERSONA.- IV. ¿ES EL DERECHO DE FAMILIA UNA DISCIPLINA AUTÓNOMA DEL DERECHO CIVIL EN MÉXICO?.- 1. Reconocimiento de distintas formas de familia.- 2. Matrimonio. A) Edad para contraer matrimonio.- 3. Concubinato.- 4. Matrimonio, concubinato y alimentos.- 5. Divorcio.- A) Nuevos paradigmas: divorcio incausado y divorcio notarial a partir del libre desarrollo de la personalidad.- B) El divorcio notarial.- 6. El derecho y la obligación de alimentos como forma de protección a la persona.- 7. El patrimonio de familia.- A) Requisitos para la constitución del patrimonio de familia.- B) Efectos sobre los bienes que constituye el patrimonio familiar.- C) Extinción del patrimonio de familia.- D) Sujetos beneficiados con el patrimonio de familia.- V. CONCLUSIONES.- VI. BIBLIOGRAFÍA.

---

## I. INTRODUCCIÓN

El derecho de familia en México ha logrado cierta autonomía dentro del derecho civil como resultado de un método de política jurídica; lo anterior ocurre por la necesidad de la protección de las personas más débiles y por tanto la protección de la teoría de los derechos humanos a través de la constitucionalización de algunas instituciones tradicionales del derecho civil. No se puede negar que la noción de la persona y su cualidad en el mundo del derecho implica el libre desarrollo de la personalidad que a su vez se reconoce también como el conjunto de manifestaciones físicas y psíquicas del ser humano y de su individualidad como forma idónea para tutelar la dignidad humana dentro de la esfera jurídica.

La incorporación del principio pro-persona al artículo 1º en la reforma constitucional de 2011 y la presencia de algunos otros principios como el interés superior del menor, consolidan este cambio diferencial que existe en México, al menos legislativamente desde la promulgación del Código Civil de 1928 y que fue influyendo en los Códigos Civiles estatales de los 32 estados. Como es imposible abarcar en un artículo el análisis de cada una de estas legislaciones nos referiremos a las que consideramos que han sufrido una mayor modificación con respecto al derecho de familia en México, constituyendo cambios paradigmáticos tanto legislativos como jurisprudenciales.

### • Gisela María Pérez Fuentes

Profesora investigadora de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, en donde es líder del Cuerpo Académico "Estudios de Derecho Civil" y coordina el Doctorado en Estudios Jurídicos. Así mismo, pertenece al Sistema Nacional de Investigadores nivel III de CONACYT, es miembro regular de la Academia Mexicana de Ciencias. Correo electrónico: giselapef@hotmail.com

Es imposible entender esta realidad jurídica con mucho desarrollo en el ámbito jurisprudencial sin conocer la realidad social en este país, por ello la importancia de este trabajo que persigue como objetivo identificar las principales características actuales de instituciones de origen romano y su transformación en el derecho mexicano tales como: derecho de familia, sus modalidades, los tipos de divorcio y sus consecuencias como es la obligación de alimentos, ello para demostrar que todas esas figuras se sistematizan a través de la protección de la dignidad de la persona y el libre de desarrollo de la personalidad.

Se realiza para comprobar este objetivo un estudio doctrinal y jurisprudencial evolutivo en relación con la concepción de la familia, el matrimonio, divorcio y la obligación de alimentos, partiendo en primer lugar del concepto de dignidad y libre desarrollo de la personalidad en el sistema jurídico mexicano y su defensa y argumentación para los cambios paradigmáticos que dichas instituciones han tenido en el siglo XXI en México.

## **II. EL DERECHO DE FAMILIA EN MÉXICO: LA DIGNIDAD HUMANA COMO PRINCIPIO Y NORMA EN EL DERECHO MEXICANO.**

El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos<sup>1</sup> establece que todas las personas son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razones étnicas o de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que atente contra la dignidad humana y que, junto con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por México, reconocen el valor superior de la dignidad humana, es decir, que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, constituyéndose como un derecho absolutamente fundamental, base y condición de todos los demás, el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad de la persona humana dentro del núcleo esencial que conforma la familia en una sociedad democrática y del cual se desprenden todos los demás derechos, dentro de los que se encuentran, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al interés superior del menor y el propio derecho a la dignidad personal de todos los miembros de la familia.

El Poder Judicial de la Federación explica que aun cuando estos derechos personalísimos no se enuncian expresamente en la CPEUM, están implícitos en los tratados internacionales suscritos por México y, en todo caso, deben entenderse como derechos derivados del reconocimiento al derecho a la dignidad humana,

---

<sup>1</sup> En adelante CPEUM

pues sólo a través de su pleno respeto podrá hablarse de un ser humano en toda su dignidad.<sup>2</sup>

La dignidad humana no puede quedar sustentada en un precepto moral, sino que se proyecta en el ordenamiento mexicano como un bien jurídico circunstancial a la persona, merecedora de la más amplia protección jurídica, reconocida en la Constitución. Por lo anterior la Suprema Corte ha sostenido que la dignidad humana funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad.<sup>3</sup>

El principio de progresividad de los derechos humanos tutelado en el artículo I o. de la CPEUM, es indispensable para consolidar la garantía de protección de la dignidad humana, porque su observancia exige, por un lado, que todas las autoridades del Estado mexicano en el ámbito de su competencia, incrementen gradualmente la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos y, por otro, les impide, en virtud de su expresión de no regresividad, adoptar medidas que disminuyan su nivel de protección.<sup>4</sup>

### III. CONCEPTO Y CONTENIDO DEL DERECHO DE FAMILIA. UN CAMBIO PARADIGMÁTICO: NUEVAS FORMAS DE FAMILIA A PARTIR DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN Y DIGNIDAD DE LA PERSONA.

Para algunos autores, el derecho de familia es aquel sector del derecho civil que regula las relaciones entre los cónyuges y parientes; y, por extensión, entre las personas que se encuentran en una situación semejante a ellos, como pueden ser los pupilos, cuya relación con sus tutores se aproxima a la que mantienen los hijos menores con sus progenitores.<sup>5</sup>

Para Eduardo Serrano, la familia como institución básica de todo Estado es objeto de múltiples y variadas disposiciones jurídicas pero a pesar de esa multiplicidad de normas es difícil encontrar un concepto preciso del significado y alcance que debe asignársele. Señala Serrano que el concepto jurídico de familia es equivalente al sociológico, situación que comparto, pues de lo contrario no existe un reflejo y

2 Tesis: P.LXV/2009, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXX, Diciembre 2009, p. 8, bajo el rubro: "Dignidad humana. El orden jurídico mexicano la reconoce como condición y base de los demás derechos fundamentales".

3 Tesis: 1a.J. 37/2016, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 33, Agosto de 2016, Tomo II, p. 633, bajo el rubro: "Dignidad humana. Constituye una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de las personas y no una simple declaración ética".

4 Tesis: 2a.J. 41/2017, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 42, Mayo de 2017, Tomo I, p. 634, bajo el rubro: "Progresividad de los derechos humanos. Criterios para determinar si la limitación al ejercicio de un derecho humano deriva en la violación de aquel principio".

5 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: *Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 17.

protección de las sociedades en el ámbito familiar actual. Como reflexiona Serrano, la cuestión más controvertida en relación a la familia reside en la posibilidad de su extensión a otro tipo de uniones que tradicionalmente no han gozado de ese calificativo.<sup>6</sup>

Como sostiene Nuria González aun cuando el mundo jurídico está dividido en sistemas jurídicos, estos no son compartimentos estancos. Los sistemas legales están cambiando, e incluso acercándose los unos a los otros y de ahí la necesidad de contemplar las situaciones que se perfilan ante los cambios multicultural y multinacional, envueltos en un nuevo orden jurídico mundial donde se destaca aquella inmersa en las denominadas "nuevas estructuras familiares" que no son tan nuevas, afirma Nuria.<sup>7</sup>

El concepto de familia puede variar de un Estado a otro según el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, pero existe un consenso internacional en cuanto a que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad que debe estar protegida por la propia sociedad y el Estado.<sup>8</sup>

La familia puede ser aquel conjunto de personas, unidas por un lazo de filiación, adopción, matrimonio, concubinato u otra que tenga por objeto la realización de una comunidad de vida o bien actos de solidaridad que pueden o no habitar en el mismo lugar. Este concepto señala Nuria González, se adapta a la realidad mexicana.<sup>9</sup> Por ello en el concepto de derecho de familia en México, algunos factores sociales se han impuesto a la autonomía propia del derecho civil logrando por ello una autonomía jurídica que se diferencia del derecho en el ámbito privado. En el contexto actual no hay un solo concepto universal y unívoco de familia, pues su contenido ha cambiado con el tiempo y en el espacio, en México, desde el siglo XX y más a partir de la Décima Época de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al ritmo del margen de apreciación y acorde con la modernidad líquida de Zygmunt Bauman.<sup>10</sup> La denominada familia moderna se integra bajo patrones de conducta que provocan una adaptación a las demandas sociales, donde aparecen familias matrimoniales de

6 SERRANO ALONSO, E. y SERRANO GÓMEZ, E.: *Manual de Derecho Civil. Curso I - Plan Bolonia*, 3ª ed., Edisofer, Madrid, 2016, pp. 432-433.

7 GONZÁLEZ MARTÍN, N.: "Modelos familiares ante el nuevo orden jurídico: una aproximación casuística", en CARBONELL SÁNCHEZ, M. et al: *Las familias en el siglo XXI. Una mirada desde el derecho*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2012, p. 57.

8 Véase artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 10 del Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

9 GONZÁLEZ MARTÍN, N.: "Modelos familiares ante el nuevo orden jurídico: una aproximación casuística", cit., p. 64.

10 Cfr. VÁSQUEZ ROCCA, A.: "Zygmunt Bauman; modernidad líquida y fragilidad humana", en *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, Madrid, número 19, julio-diciembre 2008, pp. 1-8.

carácter monoparental y homoparental, de carácter urbano y rural, entre otros modelos.<sup>11</sup>

Se destaca en este artículo que aun cuando no existe un modelo único de familia pues pueden cambiar los sujetos que la conforman, lo que se considera definitivo es el objetivo de solidaridad y amor que sigue significando este núcleo central de la sociedad para proteger a la dignidad de la persona en su desarrollo integral.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación<sup>12</sup> ha señalado que se reconoce a la familia como una institución merecedora de protección, cuyo desarrollo y bienestar debe ser garantizado por el estado, pues, como lo han sostenido los tribunales de la Federación, la pretensión de fortalecer los vínculos entre los miembros de la familia en principio, pertenece al ámbito del derecho privado, pero al mismo tiempo alcanza la esfera del derecho público, ya que se consagra una salvaguarda absoluta en la protección de la familia por parte del Estado, que está interesado en dar especial protección al núcleo familiar; en el entendido de que, en gran medida, ello conduce a una mejor sociedad.<sup>13</sup>

#### IV. ¿ES EL DERECHO DE FAMILIA UNA DISCIPLINA AUTÓNOMA DEL DERECHO CIVIL EN MÉXICO?

En el sistema jurídico mexicano a partir de inicios del siglo XX se han ido establecido normas de carácter social que fueron constituyendo un derecho familiar diferente al establecido tradicionalmente, y vigente en el Código Civil mexicano de 1884, que ya había derogado la legítima propia del derecho sucesorio. Después de esta variación legal propia del Código Civil, se realizó la promulgación de dos importantes leyes que derogaron todo lo referido al Derecho de Familia.

En primer lugar, se promulgó la Ley del Divorcio Vincular en 1914<sup>14</sup> que estableció por primera vez en México el divorcio, disolviendo el vínculo conyugal de forma que los divorciados podían contraer un nuevo matrimonio. La segunda norma de gran importancia fue la Ley de Relaciones Familiares, vigente desde el 9 de abril de 1917 que derogó al Código Civil de 1884 en todo lo relacionado al Derecho de Familia.

El Código Civil de 1928, a entender de esta autora, es el verdadero primer Código Civil mexicano con un nuevo pensamiento filosófico mundial inspirado en

11 GONZÁLEZ MARTÍN, N.: "Un acercamiento a las nuevas estructuras familiares", en GONZÁLEZ MARTÍN, N. y RODRÍGUEZ BENOT, A. (Coords.): *El derecho de familia en un mundo globalizado*, Porrúa - UNAM, México, 2007, pp. 55-91.

12 Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Temas selectos de derecho familiar. Violencia familiar*, México (2010): Poder Judicial de la Federación, 9.

13 Tesis: I.5o.C. J/24, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXXIII, Junio de 2011, p. 967.

14 Se expidió el 29 de Diciembre de 1914, por el entonces presidente Venustiano Carranza.

las décadas anteriores que rompe con la influencia francesa individualista por la que se encontraban marcados los Códigos Civiles aprobados en México en el siglo XIX.<sup>15</sup>

Algunos estados del país han considerado legislativamente la importancia de la familia como una realidad cambiante y plural en el tiempo y en el espacio sobre la que puede analizarse en diversos ámbitos; se empezó a reconocer a la familia formada por madre o padre solteros, por parejas que cohabitan sin encontrarse unidas por vínculo matrimonial, y actualmente la familia conformada por matrimonios en segundas nupcias, o del mismo sexo, entre otros, por lo que optaron por publicar códigos familiares. El argumento casi generalizado de esta decisión legislativa se ha basado en la necesidad de proporcionar al marco jurídico estatal mexicano de un ordenamiento que se avoque a la protección de la familia y de todo lo inherente al tema, por el nivel de preferencia que se le otorga en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en los tratados internacionales firmados por México.

En la exposición de Motivos del Código de Familia para el Estado de Yucatán, por ejemplo, se establece el siguiente argumento para destacar la importancia de una normativa familiar separada del Código Civil: "El estado debe proporcionar protección a la familia, dando cabida a lo que se refiere al derecho social reconociéndolo como un interés superior por tanto es viable considerar al derecho familiar como una rama diferente al derecho civil, ya que las normas del Derecho de la Familia prevalecen sobre el interés individual, por tal motivo este derecho debe encontrarse separado del derecho civil, pues como bien se sabe, la diferencia del derecho público y el privado se da en función de la tutela del interés en juego, que cuando es del sujeto el interés es individual, por ello se está en el caso ante normas de Derecho Privado; en tanto que el interés superior del Estado hace al individuo como una parte orgánica, como un miembro de éste, lo que da lugar a las normas del Derecho Público".<sup>16</sup>

La existencia de diversos conceptos que giran en torno a esta institución atienden a la gran variedad de las familias existentes, por ende no podemos sostener una formulación única de un modelo universal de familia. Por tanto, se considera a la familia de interés superior al de cada uno de sus miembros, concluimos que el derecho familiar posee como objetivo la protección del núcleo familiar; por encima de cada uno de los individuos que la integran, de tal forma que la protección está dirigida a los intereses comunes de dicho núcleo. La familia a partir del sistema jurídico mexicano y especialmente en el tratamiento jurídico que se le da a través de los Códigos Familiares, se considera como el medio para desarrollar personalidades

---

15 El Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia federal, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 1º de Septiembre de 1932 y entró en vigor el 1º de Octubre de 1932.

16 Código de Familia para el Estado de Yucatán, publicado en el Diario Oficial el 30 de abril de 2012. Última reforma publicada el 28 de Diciembre de 2016.

socialmente útiles y transmitir el trascendente cúmulo de conocimientos humanos y para perpetuar la organización social, así que a través de la familia, la sociedad no sólo se provee de sus miembros, sino que se encarga de prepararlos para que cumplan satisfactoriamente el papel social que les corresponde.

Los más representativos códigos de familia, son de los estados de Zacatecas,<sup>17</sup> Michoacán<sup>18</sup> San Luis Potosí<sup>19</sup> Sonora<sup>20</sup> y Yucatán.

El Poder Judicial de la Federación ha considerado que en el sistema jurídico mexicano, basado en un sistema constitucional y democrático, el derecho familiar es un conjunto de principios y valores procedentes de la Constitución, de los tratados internacionales, así como de las leyes e interpretaciones jurisprudenciales, dirigidos a proteger la estabilidad de la familia y a regular la conducta de sus integrantes entre sí, y también a delimitar las relaciones conyugales, de concubinato y de parentesco, conformadas por un sistema especial de protección de derechos y obligaciones respecto de menores, incapacitados, mujeres y adultos mayores, de bienes materiales e inmateriales, poderes, facultades y deberes entre padres e hijos, consortes y parientes, cuya observancia alcanza el rango de orden público e interés social.<sup>21</sup>

En México otras formas de familias también existen desde el Código Civil de 1928 donde se reconoció el concubinato como una fuente familiar y a partir de esa fecha se han empezado a reconocer efectos vinculados con los derechos sucesorios, las obligaciones alimentarias, por supuesto el reconocimiento de los hijos producto de la pareja que no formalizó su unión y se ha extendido también sobre el patrimonio común que forman los concubinos.

## 1. Reconocimiento de distintos conceptos de familia.

El artículo 1o., párrafo último de la Constitución, en correspondencia con la dignidad prohíbe toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas; asimismo, el artículo 4o., primer párrafo de

17 Código Familiar del Estado de Zacatecas, publicado en el Periódico Oficial el 10 de mayo de 1986, última reforma publica el 29 de marzo de 2017.

18 Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo, publicado en el Periódico Oficial el 30 de septiembre de 2015, última reforma publicada el día 12 de abril de 2017.

19 Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí, publicado en el Periódico Oficial el 18 de diciembre de 2008, última reforma publicada el 30 de mayo de 2017.

20 Código de Familia para el Estado de Sonora, publicado en el Boletín Oficial el 15 de octubre de 2009, última reforma publicada el día 15 de junio de 2015.

21 Tesis: I.5o.C./111, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIII, Marzo de 2011, p. 2133, bajo el rubro: "Derecho de familia. Su concepto".



la ley fundamental, señala que el varón y la mujer son iguales ante la ley y que ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

El Código Civil del Distrito Federal, actualmente Ciudad de México, dedica el Título Cuarto Bis al concepto de familia con los siguientes elementos:

- Las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad.

- Las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia.

- Las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato.

- Es deber de los miembros de la familia observar entre ellos consideración, solidaridad y respeto recíprocos en el desarrollo de las relaciones familiares.<sup>22</sup>

El concepto constitucional de familia no puede ser interpretado desde un punto de vista restrictivo y centrado exclusivamente en familias formadas en un contexto matrimonial, sino que dicho concepto debe ser entendido desde una perspectiva más amplia, debiéndose incluir en él las situaciones de convivencia ajenas al matrimonio que desarrollan los mismos fines que éste y que, por lo tanto, deben recibir los mismos niveles de protección.<sup>23</sup>

La constitucionalización de las relaciones familiares se caracteriza en México por la protección que el artículo 4º de la Constitución brinda a las personas que conforman una forma o tipo de familia y que queda protegida de la siguiente manera:

a) El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

b) Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

---

22 Cfr. artículos 138 Ter, Quáter, Quintus y Sextus del Código Civil para el Distrito Federal, actualmente Ciudad de México, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1928, última reforma publicada el día 4 de agosto de 2017.

23 Tesis: 1a.VI/2015, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 14, Enero de 2015, Tomo I, p. 749, bajo el rubro: "Concubinato. Su reconocimiento en el derecho mexicano se deriva del mandato de protección a la familia establecido en el artículo 4o. De la constitución federal, pues lo que se pretende es reconocer y proteger a aquellas familias que no se conforman en un contexto matrimonial".

c) Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento.

d) En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.<sup>24</sup>

## 2. Matrimonio.

En los códigos civiles de México de 1870 y 1884 mexicanos se consideró a esta institución como una sociedad legal de un sólo hombre con una sola mujer, que se unen con un vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida” pudiendo celebrarse sólo ante los funcionarios establecidos por la ley. Es hasta la Ley sobre Relaciones Familiares, cuando se incluye la característica de la disolubilidad para el matrimonio, evitando definitivamente el rigorismo que privó en ese sentido por la influencia del derecho canónico.

En las concepciones tradicionales de ciertos especialistas mexicanos se define el matrimonio como una organización social regulada por un conjunto de normas imperativas con una finalidad de interés público, en el cual se produce la unión de forma libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada, celebrándose dicho acto ante el Juez del Registro Civil con las formalidades fijadas por la ley.<sup>25</sup>

Sin embargo, a partir de la reforma constitucional del 2011, donde se incorpora el principio pro-persona y se prohíbe expresamente la discriminación motivada por las preferencias sexuales, se presentaron múltiples demandas reclamando el derecho fundamental a la no discriminación (demandas de amparo) argumentando la inconstitucionalidad de las codificaciones civiles y/o familiares que impedían el acceso al matrimonio de parejas del mismo sexo. La Suprema Corte de Justicia de la Nación estimó dichas demandas determinando la posibilidad del matrimonio entre parejas del mismo sexo, argumentando al respecto:

“Si se niega el acceso al matrimonio a las parejas homosexuales, el hecho de que el legislador contemple un ‘régimen jurídico diferenciado’ o un modelo alternativo a dicha institución al cual puedan optar las parejas homosexuales en lugar de casarse

24 Cfr. PÉREZ FUENTES, G. M. y CANTORAL DOMÍNGUEZ, K. *Daño moral y derechos de la personalidad del menor*, Tirant lo Blanch, México, 2015, p. 25.

25 BAQUEIRO ROJAS, E. y BUENROSTRO BÁEZ, R. *Derecho de familia*, 2ª edición, Ed. Oxford, México, 2015, p. 47.

es discriminatorio. Ello es así, toda vez que la exclusión de las parejas homosexuales de acceso al matrimonio que el legislador intentó remediar con modelos alternativos implica la creación de régimen de 'separados pero iguales' que perpetúa la noción de que las parejas del mismo sexo son menos merecedoras de reconocimiento que las heterosexuales, lo que ofende su dignidad como personas".<sup>26</sup>

De acuerdo al sistema federal las entidades federativas son libres y soberanas en lo concerniente a su régimen interior aunque gozan de una independencia limitada pues no pueden violarse los derechos humanos y fundamentales.<sup>27</sup>

Ha determinado la jurisprudencia en México que las relaciones formadas por parejas del mismo sexo pueden adecuarse perfectamente a los fundamentos actuales de la institución matrimonial y más ampliamente a los de la familia. Para todos los efectos relevantes, las parejas homosexuales se encuentran en una situación equivalente a las parejas heterosexuales, de tal manera que es totalmente injustificada su exclusión del matrimonio. La razón por la cual las parejas del mismo sexo no han gozado de la misma protección que las parejas heterosexuales no ha sido por descuido del poder legislativo, sino por el legado de severos prejuicios que han existido tradicionalmente en su contra y por la discriminación histórica.

El derecho a casarse no sólo comporta el derecho a tener acceso a los beneficios expresivos asociados al matrimonio, sino también el derecho a los beneficios materiales que las leyes adscriben a la institución. En el orden jurídico mexicano existen una gran cantidad de beneficios económicos y no económicos asociados al matrimonio. Entre éstos destacan: 1) Beneficios fiscales; 2) Beneficios de solidaridad; 3) Beneficios por causa de muerte de uno de los cónyuges; 4) Beneficios de propiedad; 5) Beneficios en la toma subrogada de decisiones médicas; y 6) Beneficios migratorios para los cónyuges extranjeros. En este sentido, negar a las parejas homosexuales los beneficios tangibles e intangibles que son accesibles a las personas heterosexuales a través del matrimonio implica tratar a los homosexuales como si fueran "ciudadanos de segunda clase", posición que la Suprema Corte de Justicia de la Nación no comparte.<sup>28</sup>

No existe ninguna justificación racional para reconocer a los homosexuales todos los derechos fundamentales que les corresponden como individuos y, al mismo

26 Tesis: 1a./J. 67/2015, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 23, Octubre de 2015, Tomo II, p. 1315, bajo el rubro: "Exclusión de las parejas del mismo sexo del matrimonio. El hecho de que exista un régimen similar pero distinto al matrimonio y que por ello se les impida el acceso a las parejas del mismo sexo es discriminatorio".

27 Véase TAPIA VEGA, R.: "El matrimonio igualitario en México. Una perspectiva de derechos humanos", en OLIVA GÓMEZ, E. et al: *Hacia el ámbito del derecho familiar*, Ed. Eternos Malabares-Universidad Nacional de Educación a Distancia-Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México, 2017, pp. 25- 27.

28 Tesis: 1a./J. 46/2015, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 22, Septiembre de 2015, Tomo I, p. 253, bajo el rubro: "Matrimonio entre personas del mismo sexo. No existe razón de índole constitucional para no reconocerlo".

tiempo, reconocerles un conjunto incompleto de derechos cuando se conducen siguiendo su orientación sexual y se vinculan en relaciones estables de pareja. La exclusión de las parejas del mismo sexo de la institución matrimonial perpetúa la noción de que este tipo de parejas son menos merecedoras de reconocimiento que las heterosexuales, ofendiendo con ello su dignidad como personas y su integridad.<sup>29</sup>

### A) Edad para contraer matrimonio.

En la Cámara de Diputados del Estado mexicano se analizó la edad para contraer matrimonio, considerando que este acto jurídico cuando se contrae entre menores de edad, viola los derechos humanos independientemente de si la persona involucrada es un niño o una niña y conlleva rápidos divorcios producidos por la falta de libertad para relacionarse con las personas de la misma edad y participar en actividades comunitarias acordes a su edad y una reducción de las oportunidades de recibir una educación. A partir de varias propuestas legislativas, se analizó en una iniciativa la modificación del artículo 148 del Código Civil Federal, estableciendo que para contraer matrimonio, el hombre y la mujer, deberán cumplir el requisito de contar con mayoría de edad.<sup>30</sup> Los argumentos legislativos se fundamentaron en la Convención sobre los Derechos del Niño que establece que se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad y que por tanto el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales. Por otra parte, la Constitución mexicana establece que en todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos.

A pesar de lo expuesto en la Cámara de Diputados, de esta iniciativa observamos algunos vacíos legales, tales como que el Código Civil Federal no es de obligatorio cumplimiento para todo el país, y además se encuentra pendiente de dictaminar la iniciativa en la que se considera a las parejas del mismo sexo en este nuevo contexto jurídico.<sup>31</sup>

29 Tesis: P.X/2016, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, p. 257, bajo el rubro: "Régimen de "separados pero iguales". Es discriminatorio".

30 Por ejemplo se citan las iniciativas presentadas por una diputada del Partido de la Revolución Democrática (PRD) y una diputada del Partido Revolucionario Institucional (PRI) en los meses de febrero y marzo de dos mil dieciséis respectivamente, para reformar el artículo 148 del Código Civil Federal, con el propósito de que se establezca que para contraer matrimonio es necesario que ambos contrayentes sean mayores de 18 años de edad.  
Vid. [http://sitl.diputados.gob.mx/LXIII\\_leg/iniciativasxiii.php?comt=39&tipo\\_turnot=I&edot=](http://sitl.diputados.gob.mx/LXIII_leg/iniciativasxiii.php?comt=39&tipo_turnot=I&edot=)

31 Iniciativa turnada por el Presidente de la República en mayo de 2016 para reformar, adicionar y derogar diversas disposiciones del Código Civil Federal.  
Vid. [http://sitl.diputados.gob.mx/LXIII\\_leg/cuadros\\_comparativos/2CPI/1254-2CPI-16.pdf](http://sitl.diputados.gob.mx/LXIII_leg/cuadros_comparativos/2CPI/1254-2CPI-16.pdf)

### 3. Concubinato.

En México el concubinato no es una institución novedosa, pues desde 1928 el Código Civil para el Distrito Federal comenzó a reconocer algunos efectos jurídicos a esta figura en cuanto a los derechos de alimentos de la mujer y los hijos, así como el derecho a heredar intestado. Con posterioridad se le reconoció al concubino los mismos derechos que a la mujer en función de la igualdad entre ambos sexos, incluyendo el derecho a heredar. Así que dentro del reconocimiento que se le otorga a las formas de familia, en México aparece el concubinato donde se establece una relación de hecho con implicaciones jurídicas, generalmente en caso de alimentos y derechos sucesorios, en otros Códigos Civiles se le ha otorgado posibilidad de pensión alimenticia al ex concubino según el tiempo que fija la legislación de cada Estado.<sup>32</sup>

Puede señalarse que los principales efectos del concubinato en el derecho mexicano, son los siguientes: a) Derecho a alimentos en reciprocidad; b) Derechos sucesorios recíprocos; c) Presunción de paternidad del concubino respecto de los hijos de la concubina; d) Posibilidad de adoptar; e) Derechos y obligaciones reconocidos con respecto al régimen federal del Trabajo y Seguridad Social en cuanto a pensiones alimenticias en caso de fallecimiento de alguno de los concubinos; f) La posibilidad de pensión alimenticia aunque no se encuentra generalizado en todos los Códigos; g) La posibilidad de formar patrimonio de familia aunque no se encuentra generalizado en todas las legislaciones, puede resultar inconstitucional negarlo.

El Poder Judicial de la Federación ha reconocido diferencias entre el concubinato y el matrimonio aunque son figuras con muchas similitudes pues ambas son fundadoras de una familia. En el caso del concubinato por ser una unión de hecho y el segundo un acto jurídico que debe ser sancionado por el Estado. Existen diferencias entre el matrimonio y el concubinato por las diferencias en su origen, una de las cuales es la relativa a los regímenes patrimoniales imperantes en el matrimonio que no en todas las legislaciones se hace extensivo al concubinato. Una de las razones para optar por el concubinato puede ser el hecho de que no se crea una relación de estado ni un entramado jurídico de obligaciones y deberes como en el matrimonio, Sin embargo, ello no implica obviar, por supuesto, que dicha unión de hecho, al tener la intención de formar una comunidad de vida con intención de permanencia,

---

32 Al respecto véase el Código Civil del Distrito Federal, actualmente Ciudad de México, el primer párrafo del artículo 291 Bis dispone: Las concubinas y los concubinos tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un periodo mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo. Por su parte, en el Código Civil para el Estado de Tabasco, publicado en el Periódico Oficial el 9 de abril de 1997, cuya última reforma publicada en el Periódico Oficial el 13 de enero de 2016, encontramos en el segundo párrafo del artículo 153, lo siguiente: Habrá concubinato cuando una pareja de hombre y mujer sin impedimento para contraer matrimonio vivan juntos públicamente como si fueran marido y mujer, durante un año o menos si hubiera hijos.

lleve a crear una unidad económica, no necesariamente jurídica, o con implicaciones jurídicas entre los concubinos.<sup>33</sup>

El legislador mexicano ha optado por regular a las parejas de hecho, es decir, aquellas parejas que mantienen una relación estable y continuada pero que han preferido no sujetarse a un régimen matrimonial, bajo la figura del concubinato. La legislación civil y familiar de México se ha decantado por reconocer efectos jurídicos concretos a una relación en la que no existe una declaración expresa y formal de voluntad para formar una vida en común, pero que en la realidad constituye una unión fáctica de dos personas que en última instancia conforma una familia en el sentido más amplio de la palabra. Algunas legislaciones civiles, que no precisamente familiares, han normado las relaciones de extinción del concubinato que puede terminar por las causas siguientes: a) Por acuerdo mutuo entre las partes; b) Por abandono del domicilio común más de seis meses por parte de uno de los concubinos; c) Por muerte de alguno de los concubinos; d) A voluntad de cualquiera de los concubinos, mediante aviso judicial.<sup>34</sup>

#### 4. Matrimonio, concubinato y alimentos.

El caso de la disolución del vínculo matrimonial, el derecho al pago de alimentos a favor de uno de los cónyuges, debe hacerse en la propuesta de convenio; mientras que en el concubinato, al provenir de una situación de hecho, que culmina de igual manera, no existe un procedimiento, ni determinación legal que así lo establezcan, lo que pone de relieve la diferencia existente entre ambos regímenes, pues si bien producen derechos y obligaciones iguales en algunos aspectos, en otros son distintos, lo cierto es que las diferencias resultantes de su propia naturaleza y origen, tienen que ser reguladas, necesariamente, en forma distinta en uno y en otro caso, pues a cada situación particular, corresponde una solución diversa.

En consecuencia, si por la institución del matrimonio existen reglas conforme a las cuales el legislador estableció hasta qué momento podían los cónyuges efectuar la petición de alimentos, entonces, por igualdad, también debía establecerse un plazo específico para que los concubinos ejercieran ese derecho, aunque de distinta manera dadas las peculiaridades del concubinato, lo anterior obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida, pues lo que se persigue es que con posterioridad a la cesación de la convivencia, el que carezca de bienes suficientes para su sostenimiento, tenga derecho a los alimentos, y pueda ejercerlo en un plazo razonable, la distinción legislativa de que se trata, no resulta violatoria del principio constitucional de igualdad.

33 Tesis: 1a. CCCXVI/2015, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 23, Octubre de 2015, Tomo II, p. 1646, bajo el rubro: "Concubinato. Su definición y diferencias con el matrimonio".

34 Cfr. Artículo 256 Bis del Código Civil de Tabasco relativo a la terminación del concubinato.

Los ex concubinos tienen derecho a una pensión alimenticia ya que se constituyó, de hecho, una relación familiar, aunque existan códigos civiles que no prevén disposiciones expresas para el trámite de los alimentos en caso de terminación del concubinato, deberán aplicarse las reglas generales que regulan dicha institución alimenticia, así como los requisitos y límites que se establecen para el caso del divorcio.<sup>35</sup>

## 5. Divorcio.

Esta figura es el medio jurídico actual que extingue una convivencia matrimonial. En el siglo XIX se permitió una separación temporal o definitiva de los cónyuges que no conllevaba a la ruptura del vínculo matrimonial. Fue en el siglo XX donde se permitió el divorcio vincular que implicó hasta nuestros días aunque por diversas vías la disolución absoluta del vínculo matrimonial.

Cuando se aprobó el divorcio como forma de extinción del matrimonio en el siglo XX, la mayoría de los Códigos Civiles admitían dos modalidades, siendo estas las siguientes:

- Divorcio voluntario. Cuando se solicita de común acuerdo por los cónyuges. En este caso ambos acuden de mutuo acuerdo ante el órgano jurisdiccional solicitando la disolución del matrimonio. Este tipo de solicitud debe ir acompañada por el convenio aprobado por las partes, entendiéndose, ambos cónyuges; precisando en las cláusulas siguientes: designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio; el modo de solventar las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio; la casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento, la cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento, y también la forma de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y con posterioridad.<sup>36</sup>

- Divorcio administrativo: Aparece como una forma de disolver el matrimonio ante la autoridad correspondiente del Registro Civil. Las legislaciones han establecido para este tipo de divorcio que era el más rápido hasta cierto momento, ciertos requisitos, tales como: a) Contar con un tiempo de casado, b) No tener hijos menores, c) Ser mayores de edad, d) Que se haya liquidado la sociedad conyugal.

35 Tesis: Ia./J. 83/2012, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Abril de 2013, Tomo I, p. 653, bajo el rubro: "Alimentos. Los ex concubinos tienen derecho a alimentos después de terminada la relación de concubinato".

36 Al respecto véanse los artículos 267, 268 y 269 del Código Civil de Tabasco.

En algunos estados como el de Tabasco, este tipo de divorcio aparece dentro del divorcio voluntario.<sup>37</sup>

- Divorcio necesario. Cuando se solicita de común acuerdo por los cónyuges presentando una causal que se establecía previamente en la ley. El divorcio necesario implicaba la acción legal a través de la cual uno de los cónyuges podía acudir ante el órgano jurisdiccional para solicitar la disolución del vínculo matrimonial, sustentando la demanda correspondiente en alguna de las causales que variaban en cantidad pero resultaban más comunes en casi todos los códigos civiles y familiares del país, las siguientes: a) Abandono del hogar conyugal sin causa justificada, según los estados variaba el tiempo fijado para considerar ese abandono, siendo lo más genérico un año; b) Adulterio; c) Hábitos de degradación familiar como la embriaguez; d) Padecer alguna enfermedad crónica incurable.

#### **A) Nuevos paradigmas: divorcio incausado y divorcio notarial a partir del libre desarrollo de la personalidad.**

El hecho de que en los casos que se decreta el divorcio sin la existencia de cónyuge culpable no implica desconocer la necesidad de resolver las cuestiones familiares relacionadas con la disolución del matrimonio, como pudieran ser la guarda y custodia de los hijos, el régimen de convivencias con el padre no custodio, los alimentos o alguna otra cuestión semejante.<sup>38</sup>

La exposición de motivos que justifica el divorcio sin expresión de causa se puntualiza en el interés público, en la protección de la familia y del interés superior del menor, cuando considera que: "No debe ser tarea del Estado unir lo que todos estos factores desunieron, pero sí es una finalidad de protección a la familia, evitar que exista violencia como parte del preámbulo de los divorcios y que los menores se encuentren en medio de esta dinámica poco afortunada, donde será mayor el daño la lucha de divorcio, que el divorcio mismo".<sup>39</sup>

El divorcio incausado ha sido adoptado por diferentes entidades federativas tales como Oaxaca, Hidalgo y en lo que se refiere a la Ciudad de México, desde el año 2008 se encuentra vigente.<sup>40</sup> Esta forma de disolución matrimonial implica el divorcio sin causales, es decir basta que alguno de los consortes decida acudir ante las instancias judiciales correspondientes para que proceda el divorcio, a través de

37 Cfr. artículos 132 y 268 del Código Civil de Tabasco.

38 Tesis: 1a./J. 28/2015, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 20, julio de 2015, tomo I, p. 570, bajo el rubro: "Divorcio necesario. El régimen de disolución del matrimonio que exige la acreditación de causales, vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad (Códigos de Morelos, Veracruz y legislaciones análogas)".

39 Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Trámite procesal del juicio de divorcio sin expresión de causa*, Serie Cuadernos de Trabajo, México (2012): Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, XIV.

40 Véase artículo 266 del Código Civil del Distrito Federal, actualmente Ciudad de México.



un juicio ordinario. Algunos juristas lo han catalogado como divorcio exprés, razón por la cual tuvo que pronunciarse el Poder Judicial de la Federación al respecto, en los siguientes términos:

“El artículo 1o. constitucional prevé el derecho fundamental a la no discriminación. Dicho derecho no se conculca con la nueva regulación del divorcio, contenida en el decreto que reforma, deroga y adiciona los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de 27 de agosto de 2008, discriminar es dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etcétera. Sobre esta base, en la nueva regulación del divorcio no se advierte disposición alguna que implique excluir, separar, distinguir o diferenciar selectivamente a una de las partes en un juicio de divorcio de otros gobernados que se encuentren en la misma situación de enjuiciados en otros procesos o que a una de dichas partes se le dé un trato de inferioridad en atención a la raza, el sexo, las creencias religiosas o políticas, a la posición socioeconómica y al estado civil, con la que se le ubique en calidad de inferioridad respecto de su contraparte.”<sup>41</sup>

Es importante dejar esclarecido que este tipo de divorcio incausado se resuelve con las garantías procesales requeridas que se manifiesta en las consideraciones siguientes:

- Se tramita mediante un proceso ordinario y no mediante proceso sumario.
- El juicio de divorcio sin expresión de causa inicia con la presentación de la demanda de la parte actora que ha de formular en su escrito inicial las siguientes pretensiones: La petición de divorcio y la resolución de las cuestiones inherentes a la disolución del vínculo matrimonial que deberán expresarse en la propuesta y en la contrapropuesta de convenio en las que se debe constar: guarda y custodia de los hijos menores e incapaces; régimen de visitas para el cónyuge que no tenga la guarda y custodia; satisfacción de obligación alimentaria respecto de los menores y del cónyuge; liquidación de la sociedad conyugal y compensación en el caso de que los cónyuges hayan celebrado el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes.
- Las partes pueden formular sus pretensiones en dos momentos del proceso: en la demanda o en la contestación de aquélla y una vez que se ha ordenado dictar el auto definitivo de divorcio, si no se ha llegado a un acuerdo, por lo que las partes estarán en posibilidad de modificar o ampliar sus pretensiones.
- Se pueden presentar recursos ante la resolución que determina el divorcio, tales como los siguientes: revocación, apelación, reposición y queja.

41 Tesis: I.4o.C.206 C, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXXI, Enero de 2010, p. 2108, bajo el rubro: “Divorcio exprés. Su regulación no es discriminatoria para las partes”.

En definitiva, como ha sido resuelto en sede judicial,<sup>42</sup> el divorcio sin causa constituye una forma de ejercer el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues decidir no continuar casado y cambiar de estado civil constituye la forma en que la persona decide su proyecto de vida.

## **B) El divorcio notarial.**

El 1° de septiembre de 2017 se publicó en el Estado de México, el Decreto número 226 mediante el cual se reforma el Código Civil a efectos de incorporar el divorcio ante notaría pública.

En la reforma al Código Civil se estipula que los cónyuges podrán acordar su reparación de mutuo acuerdo ante notaría pública para que a través del convenio de divorcio en escritura pública disuelvan el vínculo matrimonial siempre y cuando no tengan hijas o hijos menores de edad o mayores sujetos a tutela y hubieren liquidado la sociedad conyugal.<sup>43</sup>

En la escritura pública en que conste el convenio de divorcio ante Notaria o Notario,<sup>44</sup> la propia fedataria o fedatario remitirá copia certificada al Registro Civil para que a costa de los interesados, se realicen los asientos correspondientes.

El divorcio notarial es una modalidad que permite el cumplimiento de una justicia rápida y expedita aunque en México ha sido muy criticado porque los notarios son nombrados como forma de compromisos políticos en algunas ocasiones.

## **6. El Derecho y la obligación de alimentos como forma de protección a la persona.**

La obligación de dar alimentos queda protegida por las propias características de la protección de la persona, así el ser humano por razón de vivir y por su nacimiento está protegido sin necesidad de que sea menester un modo o título legal de adquisición, así que la obligación de dar alimentos es inherente y queda protegida por la persona, siendo intransmisible este derecho.

Al respecto ha señalado la Suprema Corte de Justicia de la Nación que: la obligación de los progenitores de prestar alimentos a sus hijos queda integrada en la relación de patria potestad, pero la fuente no es la patria potestad sino la paternidad y/o maternidad en los casos de los alimentos que derivan del reconocimiento

42 Tesis: 1a. LIX/2015, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 15, febrero de 2015, tomo II, p. 1392.

43 Artículo 4.89 bis del Código Civil del Estado de México publicado en la *Gaceta de Gobierno* el 7 de junio de 2002, última reforma publicada el 1° de septiembre de 2017.

44 Véase artículo 4.110 del Código Civil del Estado de México.

de paternidad, de tal manera que esa situación comienza para el menor desde el instante que marca el inicio de su vida.<sup>45</sup>

En los casos en que se ventile el pago de alimentos derivado del reconocimiento de paternidad, el juzgador debe valorar y ponderar ciertos elementos a la luz del interés superior del menor y del principio de igualdad y no discriminación para verificar su pertinencia y, en caso de que se advierta su actualización, debe considerarlos al dictar su resolución para modular el monto retroactivo de la pensión alimenticia, de forma que sea razonable y no llegue a ser abusivo, tales como: a) si existió o no conocimiento previo de su obligación; y b) la buena o mala fe del deudor alimentario.

Lo anterior se vincula con el conocimiento previo del progenitor al que se le reclama la pensión, el juzgador debe ponderar si el deudor alimentario tuvo o no conocimiento del embarazo o del nacimiento del menor; ya que el conocimiento del hecho generador es una condición esencial al ponderar el cuántum, en tanto que si el padre no tuvo conocimiento de la existencia del menor; y ese desconocimiento no es atribuible a él, no podrá asumirse que quiso incumplir con las obligaciones alimentarias, sino que, al desconocer su existencia, no podía cumplir con una obligación que ignoraba. Pero si el embarazo y nacimiento o alguno de ellos le fueron ocultados, el juzgador debe considerar la actuación del deudor alimentario en el transcurso del proceso para determinar la filiación y los alimentos, y si ha actuado con buena o mala fe durante la tramitación del proceso.

La mala fe alude a la actuación del deudor alimentario, es decir, a la valoración que se realice del hecho de que por causas imputables a él no puede definirse la paternidad; o bien, si por el contrario, existe buena fe de su parte y, por ejemplo, se presta a colaborar en el proceso con la finalidad de esclarecer la paternidad del menor.<sup>46</sup>

Para determinar la pertinencia de los alimentos no debe realizarse distinción entre los distintos tipos de familia, pues estos no son exclusivos del matrimonio, del concubinato o de la sociedad de convivencia, pues las legislaciones que impongan la obligación de reconocerlos solamente en favor de sus integrantes, excluyendo a otro tipo de parejas de hecho que al convivir de forma constante generan vínculos de solidaridad y ayuda mutua pero que por algún motivo no cumplen con todos los requisitos para ser considerados en alguna de las instituciones citadas, constituye una distinción con base en una categoría sospechosa -el estado civil- que no es

45 Tesis: Ia. LXXXVI/2015, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 15, Febrero de 2015, Tomo II, p. 1414, bajo el rubro: "Reconocimiento de paternidad. La obligación de proporcionar alimentos nace a partir del vínculo paterno-materno-filial".

46 Tesis: Ia. XC/2015, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 15, Febrero de 2015, Tomo II, p. 1380, bajo el rubro: "Alimentos. Elementos que el juzgador debe considerar para calcular el cuántum de la pensión alimenticia cuando la obligación deba retrotraerse al momento del nacimiento del menor".

razonable ni justificada y que coloca a este tipo de parejas en una situación de desprotección en relación con su derecho a acceder a un nivel de vida adecuado.

La obligación de otorgar alimentos entre los integrantes de una relación de hecho, es una institución inherente a la familia y se fundamenta en un deber tanto asistencial como resarcitorio derivado del desequilibrio económico que puede presentarse entre la pareja al momento de disolverse la relación, resultando indispensable que entre la pareja exista o haya existido una relación de familia, basada en una convivencia constante y estable, fundada en la afectividad, la solidaridad y la ayuda mutua, porque las protecciones alimentarias o compensatorias no son extensibles a uniones efímeras o pasajeras.

Si dos personas procrearon un hijo y una de ellas se dedicó a su cuidado, tales hechos por sí solos resultan insuficientes para generar el derecho de reclamar del otro una pensión alimentaria o compensatoria, pues no conformaron un núcleo familiar. Lo anterior no resulta discriminatorio, pues la protección prevista en el artículo 4o. citado tiene por objeto la organización y el desarrollo de la familia, en la cual no se ubican los tipos de relación descritos debido a la falta de estabilidad.<sup>47</sup>

La legislación civil o familiar en México reconoce una serie de relaciones familiares de las que puede surgir la obligación de dar alimentos, entre las que destacan: las relaciones paterno-filiales, el parentesco, el matrimonio, el concubinato y la pensión compensatoria en casos de divorcio.<sup>48</sup> Debe extenderse entonces el derecho de recibir los alimentos a todo tipo de familia, cuando se acredite que esté fundado en la afectividad, el consentimiento y la solidaridad libremente aceptada, con la finalidad de llevar una convivencia estable, aunque concurren, con respecto al deudor alimentista, diversas formas de convivencia como el concubinato o el matrimonio.<sup>49</sup>

## 7. El patrimonio de familia

Desde el México post-revolucionario, en el siglo XX el patrimonio de familia se posiciona como una de las instituciones más innovadoras de protección social, como garantía que habría de crear las bases más sólidas de la tranquilidad doméstica, de la prosperidad agrícola y de la paz orgánica, y el hecho de incluirla en este nuevo

47 Tesis: PC.I.C. J/45 C, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 39, febrero de 2017, tomo II, p. 1569, bajo el rubro: "Pensión alimenticia o compensatoria en uniones de hecho que no sean constantes y estables. Para decretar su procedencia, es insuficiente que se haya procreado un hijo en común o que uno de sus integrantes se haya dedicado al cuidado de éste".

48 Tesis: 1a.J. 36/2016, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 33, agosto de 2016, p. 602, bajo el rubro: "Alimentos. El contenido, regulación y alcances de la obligación de otorgarlos dependerá del tipo de relación familiar de que se trate".

49 Tesis: VII.2o.C.75 C, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 10, septiembre de 2014, tomo III, p. 2512, bajo el rubro: "Pareja estable coexistente con el matrimonio. El artículo 233 del código civil para el estado de Veracruz que establece la obligación de proporcionar alimentos entre cónyuges o concubinos, contiene una distinción con base en una categoría sospechosa susceptible de someterse a un control de convencionalidad".

Código de Familia y fijar con exactitud los elementos que la integran y extender con profundidad su configuración, fines, responsabilidad de los miembros y la administración, crean certeza a la familia como un instrumento de protección a todos los miembros que la conforman para un sano desarrollo, esta es una nueva característica del derecho de familia en México, donde se permite proteger bienes inalienables para la familia.

El patrimonio de familia es una institución que se compone por todos aquellos bienes constituidos para la satisfacción de las necesidades mínimas de subsistencia y desarrollo de los miembros del núcleo familiar. El artículo 27, fracción XVII, párrafo tercero de la Constitución sanciona que las leyes locales organizarán el patrimonio de familia, determinando los bienes que deben constituirlo, sobre la base de que será inalienable y no estará sujeto a embargo ni a gravamen ninguno. La Carta Magna establece además los bienes que conformarán parte del patrimonio de familia y que no podrán sujetarse a gravámenes reales ni embargos y serán transmisibles a título de herencia.<sup>50</sup> El patrimonio de familia en México es por tanto una institución de interés público, por la cual se destina uno o más bienes a la protección económica y sostenimiento familiar con las características que no son embargables.

#### **A) Requisitos para la constitución del patrimonio de familia**

- La persona que lo constituye es mayor de edad, puede ser la madre, el padre o ambos. De igual forma puede quedar constituido por la concubina, concubino o ambos, la madre soltera o el padre soltero, así como los abuelos, hijas, e hijos o cualquier otra persona que pretenda proteger a la familia.

- Que está domiciliado en el lugar donde se quiere constituir el patrimonio.

- La existencia de la familia a cuyo favor se va a constituir el patrimonio. La comprobación de los vínculos familiares se hará con las copias certificadas de las actas del Registro Civil.

- Que son propiedad del constituyente los bienes destinados al patrimonio familiar y que sobre los mismos no existen gravámenes con excepción de la servidumbre.

- El patrimonio de familia sólo puede constituirse con bienes ubicados en el Estado en que está domiciliado quien lo constituye. La persona interesada en constituir el patrimonio, lo manifestará por escrito al Juez de Primera instancia de su

---

<sup>50</sup> Véase el artículo 123, fracción XXVIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que al respecto dice: Las leyes determinarán los bienes que constituyan el patrimonio de la familia, bienes que serán inalienables, no podrán sujetarse a gravámenes reales ni embargos, y serán transmisibles a título de herencia con simplificación de las formalidades de los juicios sucesorios.

domicilio, señalando con precisión los bienes que deben quedar inscritos después del procedimiento de forma gratuita en el Registro Público de la Propiedad.

- Cada familia sólo puede constituir un patrimonio familiar:

Pueden ser objeto del patrimonio de familia, la casa habitación con el mobiliario de uso doméstico, una parcela cultivable, establecimientos industriales y comerciales explotados en familia. Este tipo de patrimonio para ser reconocido, debe cumplir requisitos formales y se establece una cuantía máxima de protección en interés de la familia que variará según cada estado del país,<sup>51</sup> sin embargo ha existido una tendencia a la alza en el monto de posibles bienes protegidos para la familia, por ejemplo en el caso de Tabasco, se señala que adicionalmente en zona rural, puede incorporarse al patrimonio de familia, una parcela que sea explotada directamente por los beneficiarios del patrimonio de familia, siempre que no exceda de cinco hectáreas y se incluye las maquinarias e instrumentos necesarios para el cultivo de la parcela. En la mayoría de los estados, los códigos civiles o familiares, establecen que también pueden formar parte del patrimonio familiar constituido, los libros y el equipo para ejercer alguna profesión u oficio.

Para constituir el patrimonio de familia se debe promover un procedimiento de jurisdicción voluntaria,<sup>52</sup> lo que significa que el patrimonio de familia no se constituye de manera automática. Subsiste un requisito discriminatorio en la constitución del patrimonio de familia, regulado tanto por algunos códigos civiles<sup>53</sup> como por los códigos de familia que existen en el país. Esta reflexión se hace a partir del primer requisito de constitución de dicho patrimonio, donde se exigía la necesidad de ser ciudadano mexicano, no permitiendo así a los extranjeros residentes en el país constituirlo, pero esto ha sido superado a partir de la reforma del artículo 1º constitucional, entonces puede constituir el patrimonio de familia cualquier persona

51 Por ejemplo, señala el artículo 732 del Código Civil de Tabasco: El valor máximo de los bienes afectos al patrimonio de familia, será el equivalente a quince mil días del salario mínimo general o su equivalente vigente en el estado. Así también, el artículo 722 del Código Civil de Baja California, publicado en el Periódico Oficial número 3, el 31 de enero de 1974, cuya última reforma se publicó el día 14 Julio de 2017, establece: El valor máximo de los bienes afectados al patrimonio de la familia conforme al Artículo 715, será la cantidad que resulte de multiplicar por 25,000 el importe del salario mínimo general diario vigente en el Estado de Baja California, en la época en que se constituya el patrimonio. En el caso del Código Civil del Distrito Federal, actualmente Ciudad de México, el artículo 730, dispone: El valor máximo de los bienes afectados al patrimonio familiar, señalados en el artículo 723, será por la cantidad resultante de multiplicar el factor 10,950 por el importe de tres veces la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México vigente.

52 El miembro familiar interesado debe satisfacer los requisitos que establece el Código Civil de su estado, entre los que destaca, la obligación de acudir ante el órgano jurisdiccional que por razón de su domicilio le corresponda, a fin de que la autoridad judicial competente ordene su inscripción en el Registro Público para que de esta forma, los bienes del patrimonio de familia constituido puedan quedar protegidos contra tercero. Cfr. PÉREZ FUENTES, G. y CANTORAL DOMÍNGUEZ, K: *Teoría y Práctica de los Derechos Reales, en Estudios de Casos*, Novum, México, 2014, pp. 50-51.

53 Artículo 737 del Código Civil del Distrito Federal, actual Ciudad de México, establece: La familia que desee constituir el patrimonio familiar con la clase de bienes que menciona el artículo 735, comprobará: I. Que son mexicanos...

mayor de edad, residente en el Estado que tiene la obligación de otorgar alimentos a su cónyuge, concubina, concubinario o a sus hijos, hijas, ascendientes o hermanos.

### **B) Efectos sobre los bienes que constituye el patrimonio familiar**

Los bienes afectos al patrimonio de la familia, son inalienables y no están sujetos a embargo ni gravamen alguno, incluyendo los fiscales. Es importante destacar que la constitución del patrimonio de familia no transmite la propiedad de los bienes a los miembros de la familia beneficiaria, ejerciendo el derecho real de usufructo hasta que los hijos alcancen la mayoría de edad o padezcan alguna enfermedad y dependan por tanto, económicamente de sus progenitores. De forma excepcional se norma que “la constitución del patrimonio de familia hace pasar la propiedad de los bienes al que quedan afectos, a los miembros de la familia beneficiaria; el número de miembros de la familia determinará la copropiedad del patrimonio, señalándose los nombres y apellidos de los mismos al solicitarse la constitución del patrimonio familiar”.<sup>54</sup>

Otra característica de este patrimonio de afectación es intransmisible y se extingue además de las causas explicadas, para aquel miembro de la familia que conforma un matrimonio o concubinato o cualquier forma de relación familiar:

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que aun cuando sea patrimonio de afectación sólo pueden prescribirse los bienes y las obligaciones que están en el comercio, salvo las excepciones establecidas en la ley. De ahí que, por mandato constitucional, mientras algún bien constituya el patrimonio de familia y no exista una declaración judicial o notarial que lo extinga, o bien, que esté dentro del caso de excepción de que se expropie, es inalienable, inembargable y no está sujeto a gravamen alguno, es decir, está fuera del comercio, entendiéndose como tal, aquel bien que por su naturaleza o por disposición de la ley no puede poseerse por algún individuo exclusivamente y, por tanto, al no estar dentro del comercio no es susceptible de prescribir.<sup>55</sup> En caso de muerte del constituyente si hubiere cónyuge supérstite, concubina, concubinario, descendiente o ascendiente, el patrimonio de familia continua operando sin dividirse, transmitiéndose la posesión de los bienes a los herederos que son beneficiarios de dicho patrimonio.

54 Artículo 725 del Código Civil de la actual Ciudad de México.

55 Tesis: 1a./J. 77/2014, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 13, diciembre de 2014, tomo I, p. 198, bajo el rubro: “Patrimonio de familia. Los bienes que lo constituyen están fuera del comercio y, por ende, no son susceptibles de prescribir”.

### C) Extinción del patrimonio de familia

Esta institución propia del derecho de familia en México, se extingue cuando:<sup>56</sup>

- 1) Todos los beneficiarios deben tener derecho a percibir alimentos; 2) Sin causa justificada, la familia deje de habitar la casa que debe servirle de residencia; 3) Se demuestra que hay gran necesidad notoria o utilidad para la familia que el patrimonio quede extinguido; 4) Por causa de utilidad pública previo juicio expropiatorio se extinga el patrimonio antes señalado. Si los bienes que constituyen el patrimonio de familia fueren expropiados por causa de utilidad pública, o desaparecieren o sufrieren daños a consecuencia de un siniestro, estando asegurados, el precio del patrimonio expropiado o el importe del seguro se depositarán en una institución de crédito, y no habiéndola en la localidad, en una casa de comercio de notoria solvencia, a fin de dedicarlos a la constitución de un nuevo patrimonio de familia. Durante un año son inembargables el precio depositado o el importe del seguro.

### D) Sujetos beneficiados con el patrimonio de familia

En la generalidad de los códigos civiles y familiares del país se reconoce la posibilidad de conformar el patrimonio familiar surgido por una relación de concubinato. Algunos códigos establecen que cuando una de las personas que vive en concubinato, presenta la solicitud ante el Juez de Primera Instancia, éste citará tanto al concubinario como a la concubina.<sup>57</sup> En otros Códigos, los menos, se expresa la posibilidad que los concubinos formen el patrimonio de familia.<sup>58</sup> En una tercera posición aparecen los que pueden constituir el patrimonio familiar; la madre, el padre o ambos, cualquiera de los cónyuges o ambos, cualquiera de los concubinos o ambos, la madre soltera o el padre soltero, las abuelas, los abuelos, las hijas y los hijos o cualquier persona que quiera constituirlo, para proteger jurídica y económicamente a su familia.<sup>59</sup>

## V. CONCLUSIONES

El concepto de Familia puede variar de un Estado a otro pero existe un consenso internacional en cuanto a que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, sin embargo las historias socio culturales de cada país necesitan proteger con nuevos cambios paradigmáticos a los integrantes de esas distintas formas de familia que en el caso de México se han reconocido desde el siglo XX.

<sup>56</sup> Por ejemplo véase el artículo 741 del Código Civil de la actual Ciudad de México.

<sup>57</sup> Artículo 735 del Código Civil de Tabasco.

<sup>58</sup> El artículo 717 del Código Civil para el Estado de Baja California, establece: Tienen derecho de habitar la casa y de aprovechar los frutos de la parcela afecta al patrimonio de la familia, el cónyuge del que lo constituye y las personas a quienes tiene obligación de dar alimentos.

<sup>59</sup> Artículo 724 del Código Civil de la actual Ciudad de México.



Todos estos cambios tienen como mandatos de optimización el derecho a la protección del débil familiar. En el derecho de familia no prima la autonomía de la voluntad cuando el interés del débil familiar está en peligro, por ello se protegió las relaciones de hecho denominadas concubinato y el patrimonio de familia para garantizar el reconocimiento jurídico económico de los hijos y de la pareja más débil.

A partir de la reforma constitucional del 2011, con la incorporación del principio *pro persona* estos nuevos paradigmas alejados del derecho romano se han ido desarrollando con instituciones propias sancionadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al considerar que en el sistema jurídico mexicano, constitucional y democrático, el derecho familiar es un conjunto de principios y valores procedentes de la Constitución, de los tratados internacionales, así como de las leyes e interpretaciones jurisprudenciales, dirigidos a proteger la estabilidad de la familia y a regular la conducta de sus integrantes entre sí, y también a delimitar las relaciones conyugales, de concubinato y de parentesco, conformadas por un sistema especial de protección de derechos y obligaciones respecto de menores, incapacitados, mujeres y adultos mayores, de bienes materiales e inmateriales, poderes, facultades y deberes entre padres e hijos, consortes y parientes, cuya observancia alcanza el rango de orden público e interés social.

El propósito de este artículo permite demostrar el nuevo paradigma del Derecho de Familia en México que se ha ido conformando desde el siglo pasado y se ha consolidado a partir del trabajo jurisprudencial en la ponderación de los casos estudiados de forma continua en sede judicial.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

BAQUEIRO ROJAS, E. y BUENROSTRO BÁEZ, R: *Derecho de familia*, 2ª ed., Ed. Oxford, México, 2015.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: *Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GONZÁLEZ MARTIN, N.: "Modelos familiares ante el nuevo orden jurídico: una aproximación casuística", en CARBONELL SÁNCHEZ, M. et al: *Las familias en el siglo XXI. Una mirada desde el derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2012.

GONZÁLEZ MARTIN, N.: "Un acercamiento a las nuevas estructuras familiares", en GONZÁLEZ MARTÍN, N. y RODRÍGUEZ BENOT, A. (Coords.): *El derecho de familia en un mundo globalizado*, Porrúa-UNAM, México, 2007.

PÉREZ FUENTES, G. M. y CANTORAL DOMÍNGUEZ, K.: *Daño moral y derechos de la personalidad del menor*, Tirant lo Blanch, México, 2015.

PÉREZ FUENTES, G. M. y CANTORAL DOMÍNGUEZ, K.: *Teoría y Práctica de los Derechos Reales en Estudios de Casos*, Novum, México, 2014.

SERRANO ALONSO, E. y SERRANO GÓMEZ, E.: *Manual de Derecho Civil. Curso I-Plan Bolonia*, 3ª ed., Edisofer; Madrid, 2016.

TAPIA VEGA, R.: "El matrimonio igualitario en México. Una perspectiva de derechos humanos", en OLIVA GÓMEZ, E. et al: *Hacia el ámbito del derecho familiar*, Ed. Eternos Malabares-Universidad Nacional de Educación a Distancia-Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México, 2017.

VÁSQUEZ ROCCA, A. "Zygmunt Bauman; modernidad líquida y fragilidad humana", en *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, núm. 19, julio-diciembre, 2008.

## VII. OTROS RECURSOS

### I. Índice legal.

Código Civil de Baja California, publicado en el Periódico Oficial número 3, el 31 de enero de 1974, cuya última reforma se publicó el día 14 Julio de 2017.

Código Civil del Estado de México publicado en la Gaceta de Gobierno el 7 de Junio de 2002, última reforma publicada el 1° de septiembre de 2017.

Código Civil para el Distrito Federal, actualmente Ciudad de México, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1928, última reforma publicada el día 4 de agosto de 2017.

Código Civil para el Estado de Tabasco, publicado en el Periódico Oficial el 9 de abril de 1997, cuya última reforma publicada en el Periódico Oficial el 13 de enero de 2016.

Código de Familia para el Estado de Sonora, publicado en el Boletín Oficial el 15 de octubre de 2009, última reforma publicada el día 15 de junio de 2015.

Código de Familia para el Estado de Yucatán, publicado en el Diario Oficial el 30 de abril de 2012. Última reforma publicada el 28 de Diciembre de 2016.

Código Familiar del Estado de Zacatecas, publicado en el Periódico Oficial el 10 de mayo de 1986, última reforma publica el 29 de marzo de 2017.

Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo, publicado en el Periódico Oficial el 30 de septiembre de 2015, última reforma publicada el día 12 de abril de 2017.

Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí, publicado en el Periódico Oficial el 18 de diciembre de 2008, última reforma publicada el 30 de mayo de 2017.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, cuya última reforma se publicó el día 24 de febrero de 2017.

### 2. Índice jurisprudencial.

Tesis I. 5°. C. 117 C, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXII, agosto de 2010, p. 2271.

Tesis: Ia. CCCXVI/2015, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 23, Octubre de 2015, Tomo II, p. 1646.

Tesis: Ia. LIX/2015, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 15, febrero de 2015, tomo II, p. 1392.

Tesis: Ia. LXXXVI/2015, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 15, Febrero de 2015, Tomo II, p. 1414.

Tesis: Ia. VI/2015, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 14, Enero de 2015, Tomo I, p. 749.

Tesis: Ia. XC/2015, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 15, Febrero de 2015, Tomo II, p. 1380.

Tesis: Ia./J. 28/2015, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 20, julio de 2015, tomo I, p. 570.

Tesis: Ia./J. 37/2016, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 33, Agosto de 2016, Tomo II, p. 633.

Tesis: Ia./J. 46/2015, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 22, Septiembre de 2015, Tomo I, p. 253.

Tesis: Ia./J. 67/2015, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 23, Octubre de 2015, Tomo II, p. 1315.

Tesis: Ia./J. 77/2014, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 13, diciembre de 2014, tomo I, p. 198.

Tesis: Ia./J. 83/2012, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Abril de 2013, Tomo I, p. 653.

Tesis: 2a./J. 41/2017, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 42, Mayo de 2017, Tomo I, p. 634.

Tesis: I.4o.C.206 C, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXXI, Enero de 2010, p. 2108.

Tesis: I.5o.C. J/11, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXXIII, Marzo de 2011, p. 2133.

Tesis: P.LXV/2009, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXX, Diciembre 2009, p. 8.

Tesis: P. X/2016, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, p. 257.

Tesis: PC.I.C. J/45 C, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 39, febrero de 2017, tomo II, p. 1569.

Tesis: I.a./J. 36/2016, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 33, agosto de 2016, p. 602.

Tesis: VII.2o.C.75 C, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 10, septiembre de 2014, tomo III, p. 2512.

Tesis: I.5o.C. J/24, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXXIII, Junio de 2011, p. 967.

**ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA NULIDAD  
DE LA CLÁUSULA DE GASTOS EN LA HIPOTECA**

**SOME CONSIDERATIONS ON THE NULLITY OF THE  
CLAUSE OF EXPENSES IN THE MORTGAGE**

*Rev. Boliv. de Derecho N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 174-211*



Carolina  
del Carmen  
CASTILLO  
MARTÍNEZ

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 1 de marzo de 2017

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de junio de 2017

**RESUMEN:** Cuando las reclamaciones judiciales por abusividad, sustanciadas de manera habitual en el incidente de oposición a la ejecución hipotecaria, parecían agotarse en los motivos relativos a la nulidad por abusivas de las cláusulas de intereses moratorios y vencimiento anticipado, asumida la estimación retroactiva de las demandas, tramitadas a través del procedimiento declarativo correspondiente, por las que se interesa la restitución de las cantidades indebidamente cobradas por las entidades financieras por aplicación de las estipulaciones que limitan la subida de interés en los préstamos pactados con interés variable, se abre una nueva brecha reivindicatoria de los derechos de los consumidores que ahora reclaman a los bancos la devolución de los gastos generados por la constitución del préstamo hipotecario.

**PALABRAS CLAVE:** Gastos, hipoteca, tasación, gestoría, contrato de seguro, aranceles notariales y registrales, tributos, transparencia, crédito hipotecario, retroactividad, restitución, acción de nulidad.

**ABSTRACT:** When legal for abusiveness claims, substantiated on a regular basis in the incident of opposition to foreclosure, seemed exhausted on the grounds relating to the annulment by abusive clauses of moratorium interest and early maturity, assumed the estimate retroactive claims, processed through the corresponding declarative procedure, which is interested in the restitution of the sums unduly charged by financial institutions by application of the provisions that limit the rise of interest in loans agreed with variable interest, opens a new gap reivindicatoria of the rights of consumers who now claim the banks refund of costs generated by the establishment of the mortgage loan.

**KEY WORDS:** Expenses, mortgage, appraisal, management contract of insurance, notarial and registration fees, taxes, transparency, mortgage lending, retroactivity, restitution, action for annulment.

**SUMARIO.-** I. LA STS, SALA 1ª, DE PLENO, N° 705/2015, DE 23 DE DICIEMBRE, COMO NECESARIO PUNTO DE PARTIDA. CONSIDERACIÓN DE LOS GASTOS DECLARADOS POR EL TRIBUNAL SUPREMO NULOS POR ABUSIVOS.- 1. Gastos de registro y notaría.- 2. Gastos pre-procesales y procesales.- 3. Tributos vinculados al préstamo hipotecario; especial referencia al impuesto sobre actos jurídicos documentados.- II. CONSIDERACIÓN CRÍTICA DE LA ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS EN LA DOCTRINA DE JUZGADOS Y AUDIENCIAS PROVINCIALES.- 1. Gastos por aranceles notariales y registrales.- 2. Gastos de gestoría.- 3. Gastos derivados del impuesto sobre actos jurídicos documentados.- 4. Gastos de tasación del inmueble.- 5. Gastos generados por la contratación de un seguro de daños sobre el inmueble gravado con la hipoteca.- 6. Gastos derivados del seguro de amortización del préstamo hipotecario y de la contratación de seguros de vida del prestatario.- III. PLAZO DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS CON CONSUMIDORES; REFERENCIA AL PRÉSTAMO CON HIPOTECA YA CANCELADA. OBLIGACIÓN DE RESTITUCIÓN DE LAS CANTIDADES INDEBIDAMENTE COBRADAS POR PARTE DE LA ENTIDAD BANCARIA.- IV. BIBLIOGRAFÍA.

## **I. LA STS, SALA 1ª, DE PLENO, N° 705/2015, DE 23 DE DICIEMBRE, COMO NECESARIO PUNTO DE PARTIDA. CONSIDERACIÓN DE LOS GASTOS DECLARADOS POR EL TRIBUNAL SUPREMO NULOS POR ABUSIVOS.**

En el tratamiento de la cuestión que nos ocupa debemos centrarnos en la consideración de la STS, Sala 1ª, de Pleno, n° 705, de 23 de diciembre<sup>1</sup>, toda vez que la misma constituye necesario punto de partida en el análisis y revisión de la cuestión de la nulidad de la cláusula de gastos. En la referida Sentencia, de Pleno, la Sala 1ª del Alto Tribunal declaró abusiva la cláusula de gastos de la entidad bancaria BBVA, al entender que, por una parte, la indicada estipulación trasladaba al prestatario-consumidor el abono de concretas cantidades por gastos que naturalmente debían ser asumidos por la entidad prestamista –en relación con los aranceles notariales y registrales e impuesto sobre actos jurídicos documentados- y, por otra parte, restringía los derechos básicos del prestatario en su calidad de consumidor –con

<sup>1</sup> STS, Sala 1ª, de Pleno, n° 705/2015, de 23 de diciembre (ROJ: STSm5618/2015-ECLI: ES:TS: 2015: 5618. Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Vela Torres).

### **• Carolina del Carmen Castillo Martínez**

Licenciada en Derecho por la Universitat de València (1986) en la especialidad de Derecho Privado, con el mejor expediente académico de la promoción 1981-86. Premio Extraordinario de Licenciatura, promoción 1981-86, en la especialidad de Derecho Privado. Doctora en Derecho por la Universitat de València, con calificación "cum laude" (otorgada por unanimidad) con la Tesis Doctoral que llevó por título "Responsabilidad del deudor y responsabilidad del sujeto pasivo de la hipoteca", leída el 18 de septiembre de 1993. Magistrado-juez titular del Juzgado de instancia n° 4 de Castellón. Profesora Titular de Derecho Civil (excedente), actualmente Profesora Asociada de Derecho Civil en el Departamento de Derecho Civil de la Universitat de València, con docencia acreditada durante más de treinta años. Autora de diversos trabajos y estudios doctrinales en el muy variado ámbito de las diferentes materias propias de su área de conocimiento, constando publicadas seis monografías, más de cincuenta artículos doctrinales y numerosas colaboraciones en obras colectivas así como colaboraciones en cursos y conferencias impartidas. Correo electrónico: carolina.castillo@uv.es



precisa referencia a los gastos procesales y preprocesales-. No obstante lo cual, el TS consideró válida la cláusula de gastos en punto a los derivados por la contratación del seguro de daños. Ciertamente, no son los atendidos por la Sentencia ahora examinada los únicos gastos respecto de los que se ha venido cuestionando su validez, por considerarse abusivos, pero son los analizados por la resolución ahora considerada los que procedo a revisar ahora, sin perjuicio de referirme posteriormente a otros gastos cuya validez también ha resultado controvertida ante los tribunales. En concreto, los gastos declarados abusivos por la Sala Primera del TS en su Sentencia de Pleno de 23 de diciembre de 2015, y la correspondiente fundamentación jurídica que justifica su anulación, son los siguientes.

### **I. Gastos de registro y notaría.**

A este respecto el Alto Tribunal declaró que la estipulación por la que se imputa al consumidor la obligación de asumir de manera exclusiva los gastos que se produzcan como consecuencia de la intervención del notario y del registrador de la propiedad es, en todo caso, abusiva. Y la abusividad declarada se predica con fundamento tanto en la circunstancia de la repercusión al consumidor de gastos que no le resultan imputables legalmente –por aplicación de la disposición contenida en el art. 89.2 del RD Legislativo 1/2007- como por la razón de que dicha cláusula atribuye al consumidor gastos que se generan por la preparación de la titulación necesaria para la perfección del préstamo hipotecario y que por naturaleza incumben a la entidad bancaria prestamista –cfr. art. 89.3 a) del RD Legislativo 1/2007-, pues tanto el arancel notarial como el que regula los honorarios del Registrador de la Propiedad disponen la obligación de su pago al solicitante del servicio o a aquél a cuyo favor resulte inscrito el derecho o se interese una certificación. El TS destaca, asimismo, que la circunstancia de que la cláusula analizada impusiera la integridad de los gastos al prestatario-consumidor determina un desequilibrio relevante en los derechos y obligaciones de las partes que en modo alguno el consumidor habría aceptado razonablemente en el ámbito de una negociación individualizada (art. 82.1 del RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), atendida la circunstancia de que la cláusula no admite siquiera una distribución equitativa de los gastos de notaría y registro que, en todo caso, incumben al prestamista profesional que concede el préstamo condicionadamente a la constitución de la garantía real hipotecaria.

Ciertamente, la intervención del Notario y del Registrador de la Propiedad no queda justificada por la perfección del contrato de préstamo –que, en todo caso, no la requiere, toda vez que su formalización no exige su constitución mediante escritura pública ni el ingreso de la misma en el Registro de la Propiedad- sino que se genera por la exigencia legal que regula la constitución de la garantía real en que la hipoteca consiste, que sí demanda su formalización mediante escritura pública –u otro soporte documental de la misma naturaleza pública- como requisito necesario

para poder tener acceso al Registro de la Propiedad. Es por lo que, salvo que se haya negociado individualmente y de dicha negociación haya resultado un criterio diverso de atribución, convenido libre y voluntariamente por las partes, el abono de los gastos generados por los aranceles notariales y registrales en todo caso debe imputarse en su integridad al prestamista, pues es precisamente al acreedor hipotecario a quien interesa la formalización documental de la manera indicada a los efectos de poder convertirse en titular del derecho real de hipoteca sobre el inmueble ofrecido en garantía, titularidad real –la hipotecaria- que, como es sabido, no puede sino nacer siempre “dentro” del Registro de la Propiedad. Es por tanto, al prestamista y futuro acreedor hipotecario a quien interesa la constitución de la garantía condicionante de la concesión del crédito y, en todo caso, es el prestamista la parte contratante que va a recibir la primera copia de la escritura; de lo que se infiere que el coste de las sucesivas copias simples de la escritura pública que interese el prestatario constituyente de la garantía deberá ser de su cuenta y, por consiguiente, en modo alguno podrá ser interesada la restitución de dicho importe que incumbirá al cliente-consumidor. Desde esta misma consideración, atendida la circunstancia de que el prestamista es la parte en cuyo favor se inscribe registralmente el derecho de garantía hipotecaria, por lo que va a asumir su ingreso en el Registro de la Propiedad, debe concluirse que es al profesional a quien le incumbe el pago íntegro de los gastos que dicho trámite –imprescindible para la válida constitución de la garantía real hipotecaria- conlleva, entre los que deben incluirse todas las certificaciones y notas simples emitidas por la oficina del Registro de la Propiedad.

En todo caso, no deben confundirse los gastos relativos a la constitución de la garantía real con que se asegura el préstamo concedido por la entidad bancaria –que se convierte, por tal aseguramiento, en un préstamo hipotecario-, con los que se generan por la transmisión inmobiliaria<sup>2</sup> –por la vía usual del contrato de compraventa<sup>3</sup>- del que es, a su vez, objeto de la garantía<sup>4</sup>.

- 2 Y que constarán –aunque la transmisión del inmueble se formalice en el mismo instrumento público- en una factura diversa de la que contiene los aranceles notariales y registrales relativos a la garantía real hipotecaria que incumbirá, en su caso, a la entidad prestataria, que no siempre es la transmitente.
- 3 Es por lo que los gastos de registro derivados del contrato de compraventa siempre deberán ser abonados por el adquirente consumidor pues es quien tiene interés en acreditar la adquisición de la titularidad dominical y poder acceder a la protección que ofrece el Registro de la Propiedad (cfr. art. 34 de la LH) y, precisamente, a su favor se inscribe la transmisión de la propiedad. Al respecto, cfr. el ya mencionado Anexo II, norma octava, del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad.
- 4 Esta diferenciación entre operaciones jurídicas habitualmente concurrentes en el tiempo resulta necesaria también a los efectos de especificar los gastos por tributos que incumben a cada una de las partes intervinientes, toda vez que al adquirente del inmueble le afectará siempre, como obligado a su pago, el impuesto de transmisiones patrimoniales –en el caso de segunda y ulteriores adquisiciones de inmuebles, pues las de primera venta, como es sabido, devengan IVA-, en tanto que la especificación del sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados (IAJD) vendrá en buena parte determinada por su condición de interesado en el acto o negocio que constituya el hecho imponible del impuesto referido, según la interpretación normativa que más adelante se expondrá. La apuntada diferenciación aparece recogida en la SAP de Pontevedra n° 152/2017, de 28 de marzo (RO): SAP PO 405/2017- ECLI: ES:APPO: 2017: 405. Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Begoña Rodríguez González).

Ciertamente, ya desde la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la norma exigía que las cláusulas que resultaran de aplicación a la oferta, promoción o venta de productos debían cumplir con los requisitos de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones que, no obstante, no resultaban observados en los supuestos de primera venta de viviendas, al imponerse “la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que, por su naturaleza, correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división o cancelación)” (art. 10.1.c.11 de la Ley 26/1984)<sup>5</sup>. En aplicación de la indicada previsión normativa abundantes resoluciones judiciales declararon nula la cláusula mediante la cual en la primera venta de una vivienda se acordaba imponer al comprador la obligación de asumir los gastos generados por la constitución de una hipoteca a favor del vendedor concedida con el propósito de financiar la construcción del inmueble en cuestión, y entre los que se incluían los gastos de tramitación, constitución y cancelación de la garantía real hipotecaria<sup>6</sup>. Tras su modificación, operada por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, la Ley 26/1984, de 19 de julio, se pronunciaba en el sentido de declarar la nulidad de las cláusulas que supusieran “la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley imperativa corresponda al profesional. En particular, en la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la prelación de la titulación que por su naturaleza correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación)” (art. 10 bis vinculado con la D.A.1ª de la misma Ley). El tenor del precepto transcrito, que se refería a los gastos que “por ley imperativa” correspondan al profesional, determinó el planteamiento de una controversia doctrinal<sup>7</sup>, habida cuenta de que su mención no se avenía con el carácter dispositivo con que el artículo 1455 del Código Civil configuraba la regulación de los gastos del otorgamiento de escrituras, al posibilitar que las partes pudieran pactar en contrario. Mediante la modificación operada por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores

- 
- 5 En parecidos términos se manifestaba también el artículo 10.d del RD 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores relativa a la información a proporcionar en la compraventa y arrendamientos de viviendas, según el cual los documentos contractuales de compraventa deberán responder a los principios de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones, lo que suponía, entre otros extremos, la prohibición de cláusulas que impusieran “en la primera venta de viviendas la obligación de abonar los gastos derivados de la preparación de la titulación que por ley o por naturaleza corresponden al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división o cancelación”.
- 6 Cfr., por todas, SSTS, Sala 1ª, nº 550/2000, de 1 de junio, recurso núm. 2158/1995 (RO): STS 4511/2000-ECLI: ES:TS: 2000: 4511. Ponente: Excmo.Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada Gómez) y nº 789/2001, de 24 de julio (RJ 2002/6491). Y, en el ámbito de la mal llamada jurisprudencia menor; vid., entre otras muchas, las SSAP de León, de 11 de enero de 2001 (RO): SAP LE 63/2001-ECLI: ES:APLE: 2001: 63. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Muñoz Díez), de Madrid, SEcc. 1ª, de 2 de febrero de 2001 (RO): SAP M 1447/2001-ECLI: ES:APM: 2001: 1447. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Romá Álvarez), y de Barcelona, Secc. 16ª, de 22 de febrero de 2005 (RO): SAP B 1314/2005-ECLI: ES:APB: 2005: 1314. Ponente: Ilma. Sra. Dña. Inmaculada Concepción Zapata Camacho).
- 7 Al respecto, cfr. MORALEJO IMBERNÓN, N.: “Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación” (coord. por R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO), Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 1194 y ss., y PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: “Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia”, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 144 y ss.

y usuarios, y recayente en la D.A. 1ª, apartado 22, de la Ley 26/1984, se suprimió del tenor del precepto la calificación de “imperativa” que cualificaba la mención legal, lo que permitía concluir ya desde entonces que toda imposición al consumidor de esta suerte de gastos siempre sería abusiva –a menos, obviamente, que se acreditara una negociación individual de la cláusula<sup>8</sup>-, atendida incluso la posibilidad de pacto en contrario contemplada por el precepto del artículo 1455 del Código Civil<sup>9</sup>. El contenido del precepto ha mantenido la indicada redacción, ahora contenida en el artículo 89.3.a) del Real Decreto Legislativo 1/2007, a cuyo tenor, será abusiva, en todo caso, “la estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación”<sup>10</sup>.

## 2. Gastos pre-procesales y procesales.

Con precisa referencia a la cláusula relativa a los gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, así como los honorarios de Letrado y los derechos de Procurador contratados por la entidad prestamista, el TS considera que la misma debe ser declarada nula por abusiva, toda vez que los gastos del proceso se encuentran sometidos a una estricta regulación legal (arts. 394 y 398 de la LECiv, para los procesos declarativos, y arts. 559 y 561 de la Ley Procesal, para los procesos de ejecución) fundada de manera general en el principio del vencimiento y, específicamente para el proceso ejecutivo, en la disposición de que las costas se impondrán al ejecutado siempre que continúe adelante el proceso de ejecución si bien también podrán imponerse al ejecutante cuando se aprecie algún defecto procesal no subsanable o que no se haya subsanado en el plazo a tal efecto concedido (art. 559.2 de la LECiv) o de resultar estimado algún motivo de oposición respecto al fondo (art. 561.2 de la LECiv) y, en los supuestos en que la estimación sea parcial, cada parte deberá afrontar el abono de las costas procesales generadas a su instancia y las comunes

8 Cfr. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., GONZÁLEZ CARRASCO, C.: *Derecho de la construcción y la vivienda*, 6ª ed., Dilex, Madrid, 2008, pp. 568-569.

9 Sobre este particular GONZÁLEZ PACANOWSCA, I.: “Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias” (dirigidos por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO) Aranzadi, Navarra, 2009, p. 324, señala lo siguiente: “La Ley 44/2006 suprimió el adjetivo “imperativa” que en el texto anterior cualificaba a la “ley” sobre gastos de documentación y tramitación. La cuestión tiene particular importancia para determinar si es abusivo desplazar la regla supletoria del art. 1455 CC, trasladando los gastos de otorgamiento de la escritura sobre el consumidor. Muchos autores se habían inclinado a favor de la validez de la cláusula predispuesta en tal sentido, si bien con el argumento, parece que definitivo, de no tratarse el art. 1455 CC de norma imperativa; por lo que, parece, la actual remisión a la ley, sin mayores aditamentos, conduciría a afirmar en cualquier caso su carácter abusivo. Para otros, el art. 1455 CC debía entenderse imperativo en este ámbito, y además la imposición de los gastos de escritura vulneraría el actual art. 89.3 a) TRLGDCU”.

10 En definitiva, se trata de estipulaciones contenidas en el contrato de compraventa celebrado entre un empresario vendedor –toda vez que el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de diciembre, no resulta de aplicación a las relaciones entre particulares; cfr. art. 2 de dicho cuerpo legal- y un consumidor comprador, mediante las que se pretende imponer al adquirente del inmueble los gastos derivados de la constitución de un préstamo hipotecario concedido en exclusivo interés del transmitente –toda vez que su otorgamiento responde al propósito de financiación de la construcción- y en el cual el consumidor adquirente no ha tenido ni siquiera la condición de parte. Cfr., al respecto, BUSTO LAGO, J.M., ÁLVAREZ LATA, N. y PEÑA LÓPEZ, F.: “Gastos e impuestos repercutibles al consumidor, Reclamaciones de consumo”, Aranzadi, S.A.U, noviembre de 2010.

por mitad. En definitiva, resulta que la atribución en todo caso al prestatario de las costas generadas por la causa no sólo vulnera normas procesales de orden público –lo que determinaría, sin más, su nulidad, por expresa disposición de la previsión contenida en el art. 86 del Real Decreto Legislativo 1/2007 y de la establecida por el art. 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación– sino que plantea un evidente desequilibrio en la posición de las partes al hacer recaer de manera exclusiva y en cualquier circunstancia las consecuencias de un proceso sobre una de ellas sin atender a la procedencia legal de la reclamación o de la oposición a la misma ni a las facultades que por ley se atribuyen al tribunal en los supuestos en que se aprecien serias dudas de hecho o de derecho.

Y por cuanto se refiere a la imputación al cliente de los honorarios de Abogado y de los suplidos de Procurador de los que se haya servido la entidad prestamista, incluso en aquellos supuestos en los que la intervención de dichos profesionales no fuera preceptiva, considera el Tribunal Supremo que la cláusula por la que se establece vulnera frontalmente la previsión contenida en el artículo 32.5 de la LECiv que excluye tales gastos de la eventual condena en costas, salvo que el tribunal aprecie temeridad o bien que el domicilio de la parte representada o defendida en juicio se encuentre en un lugar distinto de aquél en que se haya tramitado el procedimiento.

Sin embargo, a pesar de que el TS confirmó el pronunciamiento de la AP de Madrid en lo atinente a los gastos procesales y pre-procesales, la Sentencia de 23 de diciembre de 2015 no contiene argumentación específica alguna respecto de la parte de la cláusula relativa a “los gastos y costes directos o indirectos, causados por las actuaciones del Banco que tengan por objeto la reclamación de la deuda (tales como, en especial, los requerimientos de pago por correo, teléfono, telegrama, notariales)”.

### **3. Tributos vinculados al préstamo hipotecario; especial referencia al impuesto sobre actos jurídicos documentados.**

En este punto la cláusula controvertida disponía con carácter general la atribución al consumidor-prestatario del pago de “todos los tributos” que en su caso se devengarán a causa de la constitución, ejecución y cancelación del contrato de préstamo hipotecario. Y es precisamente ese desplazamiento universal e indiscriminado de la obligación de pago de los impuestos la circunstancia que de entrada conduce al Tribunal Supremo a considerar abusiva la cláusula que lo contiene con fundamento en la disposición que se alberga en el artículo 89.3.c) del Real Decreto 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se proscriben la repercusión al consumidor del pago de aquellos tributos cuyo sujeto pasivo sea el profesional.

En definitiva, el TS declara la abusividad de la cláusula argumentando que “la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante”. En efecto, así sucede específicamente con el impuesto sobre actos jurídicos documentados (IAJD) devengado a consecuencia de la emisión de los documentos notariales<sup>11</sup>, que en el ámbito constitutivo del préstamo asegurado con garantía hipotecaria, determina su devengo específico por la emisión de la primera copia de la escritura pública de la hipoteca (cfr. art. 31.2 de la Ley reguladora del Impuesto), siendo sujeto pasivo del mismo, a tenor de la disposición contenida en el artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, “el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan”. Ciertamente, el contenido de esta norma resulta interpretable en orden a la determinación de quién sea el referido “adquirente del bien o derecho”, si bien, en mi opinión, de entre las varias opciones posibles sin duda la más atinada con el propósito del precepto –que literalmente se refiere al “adquirente del bien o derecho”– es la que considera que el referido adquirente del derecho en cuestión es el del derecho real de garantía -hipotecaria-, en definitiva, su titular; esto es, el acreedor hipotecario que, desde la constitución de la garantía deja de ser únicamente titular de un derecho personal de crédito –en su condición de prestamista- para ser, además, titular de un derecho real –hipoteca- que le va a permitir la realización del inmueble objeto de la garantía<sup>12</sup>. Así lo entiende señalada doctrina<sup>13</sup> y de este modo lo considera la Sala Primera del Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de diciembre de 2015, deduciendo de la antedicha premisa que la cláusula por la que se desplaza al consumidor el pago del impuesto de actos jurídicos documentados es en todo caso abusiva, por vulnerar directamente la disposición contenida en el artículo 89.3.c) del Real Decreto Legislativo 1/2007,

11 El artículo 27 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone lo siguiente: “1. Se sujetan a gravamen, en los términos que se previenen en los artículos siguientes: a) Los documentos notariales”. Por su parte, el artículo 28 del mismo texto legal establece cuanto seguidamente queda expuesto: “Están sujetas las escrituras, actas y testimonios notariales, en los términos que establece el artículo 31”. Este último precepto se refiere a los siguientes documentos: “1. Las matrices y las copias de las escrituras y actas notariales, así como los testimonios (...). Las copias simples no estarán sujetas al impuesto. 2. Las primeras copias de escrituras y actas notariales, cuando tengan por objeto cantidad o cosa valuable, contengan actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil, de la Propiedad Industrial y de Bienes Muebles no sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o a los conceptos comprendidos en los números 1 y 2 del artículo 1 de esta Ley (...). 3. Por el mismo tipo a que se refiere el apartado anterior y mediante la utilización de efectos timbrados tributarán las copias de las actas de protesto”.

12 Cfr. CASTILLO MARTÍNEZ, C.C.: *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 33 a 37.

13 Cfr. AGÜERO ORTÍZ, A.: “Efectos y alcance de la nulidad de las cláusulas de gastos en préstamos hipotecarios con consumidores. Especial referencia al IAJD y los gastos de tasación”, en *Revista doctrinal Aranzadi civil-mercantil*, n° 2/2017, pp. 9-11.

toda vez que la entidad prestamista es el sujeto pasivo del impuesto “en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante”.

Es de destacar que la fundamentación en que asienta la declaración de nulidad de la cláusula ahora considerada se sustenta en un doble razonamiento: por un lado, de carácter general, al considerar la invalidez de la misma por la imposición genérica e indiscriminada de los costes tributarios (“todos los tributos”) al consumidor-prestatario y, de otro, por la señalada consecuencia de trasladar al consumidor la obligación de pechar con el pago de impuestos –específicamente el IAJD- cuyo sujeto pasivo es el profesional. Lo que permite concluir la nulidad por abusiva de: (i) cualquier cláusula de gastos mediante la que se impute al cliente el pago de todos los tributos que se devenguen a consecuencia de la constitución, ejecución y cancelación del contrato de préstamo con garantía hipotecaria; y (ii) toda cláusula de gastos por la que, incluso con determinación de la atribución de concretos gastos y costes al consumidor, se traslade al cliente costes que por naturaleza incumban al empresario (art. 89.3.a) del Real Decreto Legislativo 1/2007) o aquellos tributos en los que el sujeto pasivo sea el profesional (artículo 89.3.c) del Real Decreto 1/2007, de 16 de noviembre)<sup>14</sup>.

No obstante, la STS de 23 de diciembre de 2015, no integra en su fundamentación jurídica una necesaria consideración acerca del contenido y alcance del artículo 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, cuyo párrafo primero, coincidente con el contenido del artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del ITPYAJD, resulta del tenor siguiente: “Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan” (párr. 1º). A lo que la norma reglamentaria añade: “Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario” (párr. 2º). La antedicha previsión ha servido de fundamento a aquellas resoluciones judiciales que declaran la validez de la cláusula que impone al cliente-consumidor la asunción del pago de los gastos generados por el IAJD<sup>15</sup>, al considerar que, de conformidad con el tenor de la misma y con la abundante y reiterada jurisprudencia emanada de la

14 En este último sentido consta el pronunciamiento de la SAP de Pontevedra, Secc. 1ª, de 14 de noviembre de 2016 (ROJ: SAP PO 2261/2016-ECLI: ES:APPO:2016:2261. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Menéndez Estébanez), al declarar que en el caso enjuiciado no se aprecia “la imposición a cargo del prestatario de determinados gastos de forma genérica e indiscriminada, sino que la cláusula quinta establece los concretos conceptos”, situación que ya consta “resuelta por la STS de 23 de diciembre de 2015 que se refiere concretamente a este impuesto, considerando abusiva la carga de satisfacer su coste de forma absoluta y total al prestatario” (FJco. 2º).

15 Cfr. SJPI nº 11 de Oviedo, de 9 de diciembre de 2016 (ROJ: SJPI 588/2016 - ECLI: ES:JPI:2016:588) y SJPI nº 12 bis de Zaragoza, de 21 de julio de 2017 (recaída en los autos del JO 5.098/2017).

Sala 3ª del Tribunal Supremo que la considera<sup>16</sup>, la cláusula por la que se atribuye al consumidor el pago del IAJD devengado por la constitución de la hipoteca no implica desplazamiento alguno de la obligación tributaria a un sujeto no obligado, por lo que la misma es válida al no proceder la consideración positiva de su abusividad. Es por lo que resulta de interés precisar el alcance e integración de la norma en el contexto del análisis que ahora nos ocupa. En principio conviene tener presente que el hecho imponible que grava el IAJD es la emisión de las primeras copias de las escrituras públicas en las que se residence la constitución de actos o contratos inscribibles en los Registros Públicos –ya sea el de la Propiedad (inmobiliaria), el Mercantil o el de la Propiedad Industrial-<sup>17</sup>. Partiendo de esta indiscutible premisa de carácter legal, resulta obligado retomar la consideración ya expuesta acerca de que el derecho real de hipoteca no puede nacer más que “dentro” del Registro de la Propiedad, toda vez que se trata de un derecho real de inscripción constitutiva, a diferencia del derecho real de propiedad cuya válida constitución o nacimiento –que únicamente exige la normal conjunción de “titulus adquirendi” y de “modus adquirendi”<sup>18</sup>- puede realizarse “fuera” del Registro de la Propiedad, sin que, no obstante, tal proceder extra tabular a último no resulte aconsejable a efectos prácticos por privar al adquirente de la condición de tercero protegido por la fe pública registral con posibilidad de oponer su derecho “erga omnes”<sup>19</sup>. Diversamente, el contrato de préstamo no participa de la condición de derecho inscribible ni para su constitución requiere su constancia en documento público, siendo únicamente su cualificación en préstamo hipotecario la circunstancia que lo convierte en derecho con acceso –imprescindible- al Registro en virtud de la necesaria constancia registral del derecho real de hipoteca. Es, por tanto, la entidad prestamista, inminente acreedora hipotecaria, la parte que alberga un evidente interés en recibir la primera copia de la escritura pública de constitución de la hipoteca –único documento que va a servir de título para una eventual ejecución<sup>20</sup>- de la que es exclusiva destinataria natural<sup>21</sup>

16 Cfr., por todas, las SSTS, Sala 3ª, Secc. 2ª, de 23 de noviembre de 2001 (ROJ: STS 9173/2001-ECLI: ES:TS: 2001: 9173. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Gota Losada), 24 de junio de 2002 (ROJ: STS 4629/2002- ECLI: ES:TS: 2002: 4629. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Gota Losada), de 27 de octubre de 2004 (ROJ: STS 6881/2004-ECLI: ES: TS: 2004: 6881. Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Vicente Garzón Herrero) y de 15 de enero de 2015 (ROJ: STS 74/2015 -ECLI: ES:TS: 2015: 74. Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Martín Timón).

17 Cfr. arts. 28 en relación con el 31.2 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, precedentemente transcritos. Y a este respecto, como ya señalé, no debe confundirse el préstamo con la garantía real hipotecaria, toda vez que el primero, a diferencia de la segunda, no constituye un acto inscribible en el Registro de la Propiedad.

18 Cfr. CASTILLO MARTÍNEZ, C.C.: “El nuevo planteamiento jurisprudencial de los artículos 1473 del CC y 34 de la LH”, en *Diario La Ley*, n° 7080, 2008.

19 Baste para ello recordar el contenido de los artículos 32 y 34 de la LH, en que se sustenta nuestro sistema inmobiliario registral.

20 En tal sentido, el artículo 517 de la LECiv dispone lo siguiente: “1. La acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución. 2. Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: (...) 4.º Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes”.

21 Pues de expedirse posteriores copias sin el pertinente mandamiento judicial (cfr. art. 517.2.4º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil) podrían concurrir dos o más despachos de ejecución contra un mismo



—toda vez que al prestatario constituyente de la garantía real hipotecaria en principio únicamente le corresponde una copia simple—. Resultando, además, de conformidad con la previsión constitucional atinente a que la tributación debe responder a la capacidad económica del obligado a tributar<sup>22</sup>, que la base imponible del IAJD está constituida por el importe de la responsabilidad hipotecaria —siempre más amplio que el montante referido al objeto del préstamo, por incluir otros conceptos tales como los intereses, gastos y costas<sup>23</sup> que, en todo caso, asegura la situación del prestamista quien mediante la constitución de la garantía hipotecaria adquiere la condición de titular de un derecho real, circunstancia que no se daría si el sujeto pasivo del IAJD fuera el prestatario pues entonces necesariamente habría de ser considerada su capacidad económica materializada en el importe recibido como objeto del contrato de préstamo que sería en tal caso la base imponible del tributo. De este modo, si la base imponible del impuesto atiende (ex art. 31.1 de la CE) al incremento o aportación patrimonial mediante el que se sustancia la capacidad económica del sujeto pasivo del mismo, y en el IAJD dicha base imponible está constituida por la responsabilidad hipotecaria es porque el “adquirente” del bien o derecho —ya sea quien solicite la escritura pública notarial o aquél en cuyo interés la misma se expida— en este caso es el acreedor hipotecario que adquiere la titularidad real —hipotecaria— mediante la que va a poder hacer efectiva la realización de su crédito nacido del préstamo concedido o, dicho de otro modo, porque el derecho que se “adquiere”, en la previsión del precepto, es el derecho real de hipoteca. En suma, resulta que, tratándose de una norma de carácter reglamentario, el artículo 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados contraviene la disposición normativa, con rango de ley, contenida en el artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto<sup>24</sup>, al desplazar al consumidor-prestatario la condición de sujeto pasivo del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados devengado por la constitución de la garantía real hipotecaria en aseguramiento de

---

ejecutado con el consiguiente perjuicio para esta parte y en evidente contravención del principio de seguridad jurídica.

22 Cfr. artículo 31.1 de la CE.

23 Así lo tiene declarado la Dirección General de Tributos, con carácter general, en su respuesta a la consulta de fecha 13 de septiembre de 1999 (cfr. [http://www.agenciatributaria.es/AEAT:internet/Inicio/La\\_Agencia\\_Tributaria/Normativa/Consultas/Direccion\\_General\\_de\\_Tributos/Direccion\\_General\\_de\\_Tributos.shtml](http://www.agenciatributaria.es/AEAT:internet/Inicio/La_Agencia_Tributaria/Normativa/Consultas/Direccion_General_de_Tributos/Direccion_General_de_Tributos.shtml)), al señalar que la base imponible del IAJD “se determina en función de la hipoteca que se constituye, que es la que origina la inscripción registral y, concretamente, en función del valor declarado de la garantía hipotecaria en la propia escritura de constitución de la hipoteca” cuya garantía se extiende de ordinario “además de al capital prestado, a otras cantidades añadidas, por intereses, costas y gastos...”, resultando que “todas estas cantidades garantizadas con la hipoteca constituyen la base imponible a efectos del impuesto”. Y así se refleja en las diversas normativas autonómicas del impuesto, a los efectos de determinar la correspondiente cuota tributaria que se obtiene por aplicación del tipo de gravamen que proceda sobre la base imponible para cuya determinación en los préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de vivienda habitual se atiende al dato que ofrece el principal del préstamo vinculado al valor real de la vivienda que sirve de garantía del mismo.

24 Y, por ende, la previsión constitucional del artículo 31.1 de la CE, la normativa específica de consumidores y usuarios —art. 89.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007— y la propia Directiva 91/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores.

un contrato de préstamo<sup>25</sup>. Y siendo así, y disponiendo el artículo 6 de la LOPJ que “los jueces y tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa” es por lo que en la práctica debe prevalecer la previsión contenida en el artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, cuyo criterio interpretativo ha quedado precedentemente expuesto.

## II. CONSIDERACIÓN CRÍTICA DE LA ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS EN LA DOCTRINA DE JUZGADOS Y AUDIENCIAS PROVINCIALES.

Como ha quedado expuesto, la STS, Sala 1ª, de Pleno, de 23 de diciembre de 2015, declaró, con carácter general y hecha exclusión de la estipulación por la que se impone al cliente-consumidor los gastos derivados de la contratación del seguro de daños, la nulidad de la cláusula por la que se repercuten al consumidor los gastos de constitución del préstamo hipotecario por entender que se trataba “de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007), atendida la circunstancia de que “la garantía se adopta en beneficio del prestamista” y que constituía un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor (art. 82 del Real Decreto Legislativo). Aunque con anterioridad a la referida STS ya constaban abundantes pronunciamientos de nuestros tribunales (juzgados de instancia de Audiencias Provinciales) proclives a declarar la nulidad de las cláusulas de gastos contenidas en los préstamos hipotecarios si bien con matices<sup>26</sup>, asumida la incuestionable vinculación de la doctrina del Alto Tribunal expuesta en la Sentencia de Pleno de 23 de diciembre de 2015<sup>27</sup>, la inmensa mayoría de las sentencias de

25 A este respecto CASERO BARRÓN, R.: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004, Sección 2ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo, rec. n° 158/2002. Sobre la cuota proporcional de la modalidad de actos jurídicos documentados en los documentos notariales. Especial mención de quien es sujeto pasivo en los préstamos hipotecarios”, en *Quincena Fiscal*, núm. 20/2004, p. 38, manifiesta lo que sigue: “A juicio de este comentarista, el artículo 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados supone una extralimitación de lo dispuesto en el artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, cuando el precepto reglamentario establece que el sujeto pasivo será en las escrituras de constitución de préstamo con garantía, el prestatario, puesto que se considera adquirente” cuando resulta que “en los supuestos de préstamos hipotecarios no existe adquisición por parte del prestatario”.

26 De ordinario, la argumentación en que se venía apoyando la declaración de abusividad con carácter general se localiza en la consideración de que una estipulación que atribuye al consumidor todos los gastos generados por la constitución del préstamo hipotecario, y no concreta con claridad y precisión los gastos que debe abonar el prestatario, determina un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de los consumidores, vulnerando el principio de la buena fe contractual, resultando razonable entender, de conformidad con la doctrina expuesta por el TJUE –cfr. STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415-11, caso Aziz, párr. 69-, que el profesional no puede considerar que tratando de manera leal y equitativa con el consumidor el cliente asumiría una estipulación de estas características en el ámbito de una contratación por negociación individual de cada una de las estipulaciones que integran el clausulado del contrato.

27 Cfr. el precepto contenido en el artículo 6 del CC -a cuyo tenor, “la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”-, vinculado con el contenido del Acuerdo

los Juzgados Mercantiles, de Instancia y de las Audiencias Provinciales, convienen en considerar abusiva la cláusula de gastos<sup>28</sup> -excepto en el punto atinente a la atribución al consumidor de los gastos de tasación del inmueble y de los derivados de la contratación del seguro de daños que plantean cierta discrepancia-, bien por entender -un buen número de resoluciones, ciertamente la mayor parte de ellas- que estas estipulaciones desplazan al cliente-consumidor determinados gastos que incumben al prestamista generando un importante desequilibrio en las prestaciones que se proyecta en detrimento de los derechos de los consumidores (cfr. art. 82.1 vinculado a los arts. 89.3.a) y c) y 86, todos ellos del RD Legislativo 1/2007)<sup>29</sup>, o bien por considerar -un grupo más reducido de sentencias- que la cláusula en cuestión no supera el control de incorporación del artículo 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, por falta de transparencia<sup>30</sup>, sin que falte un nutrido grupo de resoluciones que se limitan a declarar nula la cláusula de

---

de 19 de noviembre de 2014, de la Sala de Gobierno del TS, sobre la composición y funcionamiento de las salas y secciones, que dispone que la Sala "en Pleno será convocada por el Presidente cuando se considere necesario que la deliberación sobre un asunto se lleve a cabo por todos los magistrados, atendiendo a la función unificadora y de creación de la doctrina jurisprudencial que incumbe al Tribunal".

- 28 Únicamente es de mencionar una resolución localizada en la que se declara la validez de la cláusula gastos, conteniéndose tal pronunciamiento en el AAP de Castellón, Secc. 3ª, nº 109/2015, de 27 de mayo, recurso núm. 144/2015, recaído en los autos del procedimiento de ejecución de título no judicial nº 817/2013 procedente del JPI nº 3 de Villareal (RO):AAP CS 49/2015-ECLI:ES:APCS:2015:49. Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Emilio Vives Reus), en la que consta declarado que el "motivo del recurso debe ser desestimado, por cuanto los gastos que se cargan en la cuenta de la prestataria se corresponden con los gastos de notaría, impuesto de actos jurídicos documentados, Registro de la Propiedad y gestión en su tramitación, por el otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario, conforme se refleja en el desglose de dichos gastos obrante al folio 59 de los autos, gastos de otorgamiento e inscripción que legalmente corresponde satisfacer al prestatario" (FJco 2º).
- 29 Vid., por todas, SAP de Pontevedra, Secc. 1ª, nº 175/2014, de 14 de mayo, recurso núm. 220/2014 (RO):SAP PO 448/2014-ECLI:ES:APPO:2014:448. Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Almenar Belenguer), SAP de Alicante, Secc. 8ª, nº 126/2014, de 5 de junio, recurso núm. 150/2014 (RO):SAP A 1273/2014-ECLI:ES:APA:2014:1273. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Antonio Soler Pascual), SAP de Madrid, Secc. 18ª, nº 184/2015, de 27 de abril, recurso núm. 228/2015 (RO):SAP M 8704/2015 - ECLI:ES:APM:2015:8704. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Pozuelo Pérez), SAP de Pontevedra, Secc. 1ª, 188/2016, de 7 de abril, recurso nº 148/2016 (RO):SAP PO 592/2016-ECLI:ES:APPO:2016:592. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Pérez Benitez), SAP Valencia, Secc. 9ª, nº 617/2016, de 4 de mayo, recurso núm. 544/2016 (RO):SAP V 2763/2016 -ECLI:ES:APV:2016:2763. Ponente: Ilma. Sra. Dña. Beatriz Ballesteros Palazón), SAP de Oviedo, Secc. 1ª, nº 217/2016, de 11 de julio, recurso núm. 188/2016 (RO):SAP O 1955/2016-ECLI:ES:APO:2016:1955. Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Sacristán Represa) y SAP de Barcelona, Secc. 15ª, nº 225/2016, de 17 de octubre, recurso núm. 114/2015 (RO):SAP B 9192/2016-ECLI:ES:APB:2016:9192. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Garrido Espa). Más recientemente, cfr., SJPI nº 3 de El Ferrol, de 24 de mayo de 2017 (recaída en los autos del JO 726/2016).
- 30 Cfr. SAP de Alicante, Secc. 8ª, nº 132/2014, de 12 de junio, recurso núm. 138/2014 (RO):SAP A 1282/2014-ECLI:ES:APA:2014:1282. Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique García-Chamón Cervera), en cuyo Fundamento Jurídico Tercero se declara lo siguiente: "De conformidad con lo establecido en la STJUE 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13), la transparencia significa que el adherente pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo. A su vez, la STS 9 de mayo de 2013 señala que el control de transparencia tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la 'carga económica' que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo. La cláusula arriba transcrita no supera el control de transparencia porque su falta de concreción y de claridad impide conocer cuáles son los específicos gastos o tributos que habrán de soportar los adherentes. Así pues, habrá que declarar su no incorporación sin que provoque la ineficacia total del contrato al no afectar a una cláusula esencial según prevé el artículo 10.1 LCGC". En el mismo sentido, cfr. SAP de Valencia, Secc. 9ª, nº 405/2015, de 25 de noviembre, recurso núm. 748/2015 (RO):SAP V 4601/2015-ECLI:ES:APV:2015:4601. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Seller Roca de Togores).

gastos por mera remisión a la STS de 23 de diciembre de 2015<sup>31</sup>, y sin que, en ningún caso se acoja en ninguna de las resoluciones de nuestros tribunales el argumento de la admitida traslación al consumidor de los gastos de constitución del préstamo hipotecario por aplicación de la doctrina de los actos propios al haber consentido voluntariamente cliente al pago de los mismos<sup>32</sup>. Tampoco resulta unánime el criterio jurisprudencial seguido por nuestros órganos judiciales en punto a la atribución al consumidor del abono del impuesto sobre actos jurídicos documentados.

No está de más precisar que los generados por el préstamo hipotecario a los que se refiere la STS de 23 de diciembre de 2015 no son los únicos gastos cuya nulidad se alega en los tribunales. A la revisión de la consideración acerca de la abusividad de la cláusula de gastos en la doctrina de nuestros órganos unipersonales y Audiencias Provinciales, con desglose de la variada tipología de los mismos, dedico las siguientes páginas.

### I. Gastos por aranceles notariales y registrales.

Por cuanto se refiere a la cláusula de gastos por la que se atribuye al consumidor el pago de los gastos derivados de las actuaciones registrales y notariales, cabe señalar que la práctica totalidad de las resoluciones emanadas de nuestros juzgados y Audiencias Provinciales<sup>33</sup>, atinadamente convienen en declarar la nulidad de la referida

- 31 Cfr., por todas, SAP de Zaragoza, Secc. 5ª, n° 193/2016, de 4 de abril, recurso núm. 507/2015 (RO): SAP Z 591/2016-ECLI: ES:APZ: 2016: 591. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Antonio Pérez García, en cuyo Fundamento Jurídico Quinto se declara lo siguiente: "El segundo motivo del recurso de refiere a 'Los gastos a cargo de la prestataria', con un contenido muy variado -desde aranceles notariales a los propios de un aseguramiento del préstamo, gastos de rectificación o extinción, etc.--, comprendiendo todos aquellos que directa o indirectamente puedan tener alguna relación con el contrato. Sobre el particular habrá de estarse a lo que se dispone en la Sentencia del Tribunal Supremo antes citada, de 23 de diciembre de 2015, en la que, tras amplias consideraciones, se expone lo siguiente: ..." para posteriormente, sin abundar en el razonamiento, desestimar el recurso. Y, en el mismo sentido, la SAP de Tarragona, Secc. 1ª, n° 252/2016, de 1 de junio, recurso núm. 700/2015 (RO): SAP T 880/2016-ECLI: ES:APT: 2016: 880. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Carril Pan, en cuyo Fundamento Jurídico Segundo en que se trata de los gastos de constitución del préstamo hipotecario, y tras manifestar con reproducción de la argumentación de la Sentencia del TS que "esta cláusula fue objeto de análisis en la sentencia del Pleno del TS 705/2015, de 23 de diciembre, precisamente en el ámbito del recurso de casación interpuesto por el BBVA, resolviendo la cuestión en el sentido siguiente: ...", sin ulterior razonamiento se concluye que "conforme a la doctrina establecida por el TS el motivo del recurso se rechaza". Más recientemente, vid., SSJPI n° 1 de Valencia, n° 120/2017, de 11 de mayo de 2017 (recaída en los autos del JO 221/2017) y de 24 de mayo de 2017 (recaída en los autos del JO 247/2017), SJPII n° 4 de Alcorcón, de 25 de mayo de 2017, (recaída en los autos del JO 142/2017), SJPI n° 3 de Castellón, de 29 de mayo de 2017 (recaída en los autos del JO 112/2017), SJPI n° 1 de Benidorm n° 174/2017, de 5 de junio de 2017 (recaída en los autos del JO 230/2017), SAP de Las Palmas de Gran Canaria, Secc. 4ª, de 6 de julio de 2017, recurso núm. 856/2016 (RO): SAP GC 932/2017-ECLI: ES:APGC: 2017: 932. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José Cobo Plana), SJPI n° 22 de Palma de Mallorca, de 21 de julio de 2017 (recaída en los autos del JO 325/2017) y SJPI n° 12 bis de Zaragoza, de 21 de julio de 2017 (recaída en los autos del JO 5.098/2017).
- 32 Toda vez que la renuncia previa a los derechos que la ley reconoce a los consumidores se encuentra prohibida por expresa disposición del artículo 10 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, a cuyo tenor "la renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil"-cfr. art. 6.2 del CC-; por lo que el control de contenido de la abusividad de las cláusulas predisuestas en contratos celebrados con consumidores debe desvincularse de la doctrina de los actos propios.
- 33 Excepción hecha del ya referido AAP de Castellón, Secc. 3ª, n° 109/2015, de 27 de mayo, recurso núm. 144/2015, recaído en los autos del procedimiento de ejecución de título no judicial n° 817/2013 procedente del JPI n° 3 de Villareal (RO): AAP CS 49/2015-ECLI: ES:APCS: 2015: 49. Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Emilio Vives Reus).

estipulación, por los argumentos ya señalados en la revisada Sentencia del Alto Tribunal, diferenciando siempre, en lo relativo a tales gastos, entre los aranceles abonados al Notario –formalización en escritura pública- y los satisfechos al Registrador de la Propiedad –inscripción registral-<sup>34</sup>. Y, desde la anterior consideración, y atendiendo a la circunstancia de que ni el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios (norma 6ª del Anexo II), ni tampoco el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad (norma 8ª del Anexo II) establecen terminantemente a favor de quién se interesa la intervención de los referidos profesionales o quien ha de considerarse como interesado en la formalización, constitución e inscripción del préstamo hipotecario, los pronunciamientos de nuestros tribunales acogen la doctrina del TS en punto a declarar la nulidad, por abusiva, de la cláusula que de manera indiscriminada atribuye al consumidor el abono de la totalidad de los aranceles notariales y registrales.

No obstante, conviene recordar que la STS nº 705/2015, deja abierta la posibilidad a una eventual exclusión del carácter abusivo de una cláusula que permita, respecto de los aranceles notariales y registrales, una distribución equitativa siempre que exista una mínima reciprocidad y equilibrio entre las obligaciones de las partes, entendiendo que, si bien la entidad bancaria ostenta el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, por ser el prestamista el que obtiene un título ejecutivo (art. 517 de la LECiv), constituye la garantía real (arts. 1875 del CC y 2 de la LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 de la LECiv), el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como principal frente a la constitución de la hipoteca. Sobre tal premisa no resulta inusual localizar alguna resolución que, al menos respecto de los aranceles notariales, acuerde un reparto porcentual de su abono<sup>35</sup>. La apuntada posibilidad excluyente de la nulidad por abusiva de la estipulación cuestionada en el caso de una supuesta “distribución equitativa” del gasto generado por los aranceles notariales y registrales merece crítica toda vez que, por cuanto se refiere a los gastos derivados de las actuaciones registrales los mismos deben corresponder en su integridad a la entidad bancaria por ser la exclusiva interesada en la inscripción del derecho real de hipoteca que la convierte en titular del derecho real de garantía que, en este caso, resulta ser por expresa disposición legal de constitución registral; y con precisa relación a los gastos derivados de la intervención del Notario entiendo que su atribución, en todo caso, no admite distribución porcentual que merezca ser reputada de equitativa, toda vez que la

34 Cfr., por todas, AAP de Zaragoza, Secc. 5ª, nº 17/2017, de 5 de enero, recurso núm. 384/2016 (ROJ: AAP Z 358/2017-ECLI: ES:APZ: 2017: 358ª. Ponente: Ilmo. Sr. D. Alfonso María Martínez Areso), SAP Pontevedra, Secc. 1ª, nº 152/2017, de 28 de marzo, recurso núm. 974/2016 (ROJ: SAP PO 405/2017-ECLI: ES:APPO: 2017: 405. Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Begoña Rodríguez González), SJPI nº 4 de Cáceres, de 25 de abril de 2017 (ROJ: SJPII 70/2017) y SJPI nº 1 de Valencia, de 24 de mayo de 2017 (recaída en los autos del JO 247/2017).

35 Cfr. SJPI nº 12 bis de Zaragoza, de 21 de julio de 2017 (recaída en los autos del JO 5.098/2017).

equidad distributiva vendría determinada, en todo caso, por el resultado de asignar a la entidad financiera los gastos de la primera copia de la escritura –por ser ésta la que va a ser de su exclusivo interés, al ser la única con fuerza ejecutiva, salvo expedición de copia posterior en virtud mandamiento judicial<sup>36</sup>, y al consumidor los generados por la expedición de las posibles ulteriores copias que se interesen –carentes de fuerza ejecutiva pero de eventual interés para el cliente–.

## 2. Gastos de gestoría.

Con precisa referencia a la cláusula que contiene la atribución al prestatario de los gastos generados por los honorarios de la entidad gestora a la que de ordinario se le encarga la tramitación del préstamo hipotecario, nuestros órganos judiciales se manifiestan prácticamente coincidentes en acordar su nulidad por abusiva, sin entrar a exponer en la mayoría de los casos razonamiento alguno que lo justifique por acoger, sin más, el sentido de la jurisprudencia del TS<sup>37</sup>, aunque condicionando –bien de manera explícita o subyacente– la tacha de abusividad a la circunstancia de que la entidad gestora haya sido elegida e impuesta por el prestamista<sup>38</sup> y de que la actividad desplegada por la misma no se haya verificado en interés, al menos exclusivo, del prestatario<sup>39</sup>.

36 Cfr. art. 517.2.4° de la LECiv. Sobre este particular, vid., MARTÍN FABA, J.M<sup>3</sup>.: “Sobre la fuerza ejecutiva de la escritura pública y el nuevo sistema de expedición de copias: cuestiones surgidas en la jurisprudencia actual”, *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 11 de octubre de 2016, en 9 páginas.

37 Cfr., por todas, SAP de Oviedo, Secc. 5ª, n° 63/2017, de 17 de febrero, recurso n° 8/2017 (RO): SAP O 642/2017-ECLI: ES:APO: 2017: 642. Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Álvarez Seijo).

38 Desde esta consideración la SAP de Oviedo, Sección 6ª, n° 43/2017, de 27 de enero, recurso núm. 240/2016 (RO): SAP O 159/2017-ECLI: ES:APO: 2017: 159. Ponente: Ilma. Sra. Dña. Marta María Gutiérrez García) declara la validez de la repercusión de los gastos de gestoría al consumidor, precisando que “esa gestión no fue realizada por la entidad financiera demandada, sino por una gestoría ajena a la misma, que no consta fuera impuesta por la citada, y en todo caso se trata de un gasto que deriva de un encargo que realizó la propia actora a cuyo nombre fue expedida la factura correspondiente en fecha 28 de septiembre de 2006.

39 La SAP de Oviedo, Sección 6ª, n° 108/2017, de 24 de marzo, recurso núm. 70/2017 (RO): SAP O 766/2017-ECLI: ES:APO: 2017: 766. Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Elena Rodríguez Vigil Rubio) revoca el pronunciamiento de la sentencia de instancia que declaró abusiva la cláusula relativa a los gastos de gestoría por entender que la misma constituía un servicio accesorio no solicitado por el cliente ni, por tanto, redundante en su interés, declarando que la revisada es “una cláusula habitual en los préstamos hipotecarios que responde, por una parte, a asegurar la debida inscripción en el Registro, necesaria como se ha dicho para la válida constitución de la hipoteca, evitando el riesgo que supone la entrega del importe del préstamo antes de que se lleve a cabo esa inscripción; y, por otra, a facilitar al prestatario hipotecante la realización de esos trámites, que pueden abarcar otros como sucede en este caso. Es decir, su inclusión obedece a los intereses de ambas partes y a ambas beneficia. El que deba considerarse accesorio respecto a unas actuaciones que, como se ha razonado, son de cargo del consumidor; y que éste hubiera utilizado esa misma gestoría para otros trámites propios anteriores, avala en este caso que se está ante un pacto lícito”, aunque en “la cláusula vigésima de la misma escritura se decía que el prestatario confería poder a favor de una determinada gestora, a fin de llevar a cabo esas actuaciones”. En todo caso, a mi juicio resulta palmario que es a la entidad de crédito a la parte a la que interesa la actuación de la gestoría a los efectos de “asegurar la debida inscripción en el Registro, necesaria como se ha dicho para la válida constitución de la hipoteca, evitando el riesgo que supone la entrega del importe del préstamo antes de que se lleve a cabo esa inscripción”, por lo que no cabe dudar acerca de que el servicio prestado por la misma es de naturaleza accesorio para el consumidor que, en consecuencia, debe poder decidir voluntariamente acerca de su contratación (art. 89.4 del RD Legislativo 1/2007), por lo que su imposición y atribución de su coste al cliente-consumidor en estas condiciones mediante la inclusión de una estipulación en el clausulado del contrato de préstamo es, de todo punto, abusiva.

Ciertamente, se trata de un coste que se genera por la realización de una actividad accesoria o instrumental –usualmente la realización del encargo de aquéllas operaciones que, en diversos ámbitos, resultan necesarias para la formalización del préstamo hipotecario-, por lo que resulta lógico que la imputación de su abono se desplace a aquella parte que debe asumir el gasto derivado de la actuación principal cuyo encargo de gestión se encomienda.

### 3. Gastos derivados del impuesto sobre actos jurídicos documentados.

Según indiqué, la STS, Sala I<sup>a</sup>, n<sup>o</sup> 705/2015, de 23 de diciembre, declaró abusiva la estipulación por la que se atribuía al prestatario-consumidor el pago de la totalidad de los tributos devengados por la formalización del préstamo hipotecario, por entender que su abono incumbe a la entidad prestamista, singularmente por cuanto se refiere al ya considerado IAJD, toda vez que el artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, establece que el sujeto pasivo del mismo es “el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan”.

Ya señalé entonces la implícita conclusión, a mi modo de ver atinada, que se desprendía del pronunciamiento del Alto Tribunal, por cuya virtud se colegía que el adquirente del derecho al que se refiere el indicado precepto era el del derecho real de hipoteca en que la garantía consiste, en definitiva, la entidad prestamista. Del mismo modo indicaba que en su razonamiento –asumido sin ulterior concreción por la mayor parte de las resoluciones que siguen la doctrina jurisprudencial expuesta y que, por cierto, son la mayoría de entre las dictadas sobre este particular por nuestros órganos judiciales- el TS obviaba una imprescindible reflexión acerca del tenor y transcendencia del artículo 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, según el cual el sujeto pasivo del tributo será, en principio, ese mismo “adquirente del bien o derecho” a quien se refiere el reseñado artículo 29 de la Ley del Impuesto con la perturbadora precisión contenida en el párrafo segundo del artículo 68 del Reglamento por cuya virtud en los supuestos de “escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente el prestario”, previsión legal que de conformidad con la interpretación que de la misma ofrece la Sala Tercera del TS y el TC<sup>40</sup>, sirve de fundamento esencial a las resoluciones judiciales dictadas por los tribunales de la jurisdicción civil que declaran la validez de la cláusula por la que se impone al prestatario el pago de los gastos generados por el

40 Cfr. ZEJALBO MARTÍN, J.: “Jurisprudencia de la Sala Tercera del TS y del TC sobre el sujeto pasivo en AJD de los préstamos hipotecarios”, en [www.notariosregistradores.com](http://www.notariosregistradores.com), publicación del 7 de febrero de 2017.

IAJD (por todas, SAP de Barcelona, Sección 15<sup>a</sup>, de 18 de noviembre de 2015<sup>41</sup>, SPJI n° 11 de Oviedo, de 9 de diciembre de 2016<sup>42</sup> y SJPI n° 12 bis de Zaragoza, de 21 de julio de 2017<sup>43</sup>) y también a un sector de la doctrina que defiende la improcedencia de la declaración de nulidad de la cláusula ahora cuestionada<sup>44</sup>.

No obstante lo indicado, debe constatarse el dato de que una buena parte de las resoluciones emanadas de nuestros juzgados de instancia y Audiencias Provinciales declaran la nulidad por abusiva de la cláusula por la que se repercute al consumidor el pago del tributo en que consiste el IAJD.

Y si bien la Sala Tercera del TS ha venido a consolidar la posición jurisprudencial acerca de que la unidad de hecho imponible en el ámbito del préstamo hipotecario provoca el efecto de que, instrumentalizándose en la misma escritura pública el préstamo concedido y la garantía real hipotecaria que lo asegura –aunque no suceda así en el supuesto de que ambos negocios jurídicos se vehiculen mediante documentos diversos–, el único sujeto pasivo del IAJD sea el prestatario<sup>45</sup>, la apuntada no es precisamente una cuestión incontrovertida, toda vez que ninguna razón jurídica permite sustentar la admisión de una variación del sujeto pasivo del tributo en razón de que la hipoteca se constituya conjunta o separadamente con el crédito al que garantiza cuando resulta que el hecho imponible, en todo caso –y como ya expuse–, es coincidente, a saber: la emisión de la primera escritura constitutiva del único negocio –de entre los dos que convergen en la figura compleja que constituye el crédito hipotecario, préstamo e hipoteca– que ineludiblemente la requiere para su válida constitución, esto es, el derecho real de hipoteca (arts. 1875, párr. 1º, del CC y 145 de la LH). En efecto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS ha venido sosteniendo que, en el ámbito que ahora nos ocupa, la unidad de hecho imponible resultaba fundada en el artículo 18.1 del Real Decreto 3494/1981, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, a cuyo tenor “la constitución de préstamos garantizados con fianza, prenda, hipoteca y anticresis, tributarán sólo por el concepto de préstamo. En consecuencia, los expresados préstamos que hayan satisfecho el Impuesto por el concepto de Transmisiones Patrimoniales, no estarán sujetos a Actos Jurídicos Documentados”, más que en los artículos 8 d) y 15.1 del mismo texto legal al disponer, respectivamente, que el obligado al pago del impuesto

41 SAP de Barcelona, Sección 15ª, n° 269/2015, de 18 de noviembre, recurso núm. 505/2014 (ROJ: SAP B 10756/2015-ECLI: ES:APB: 2015: 10756. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Garrido Espa).

42 SPJI n° 11 de Oviedo, de 9 de diciembre de 2016 (ROJ: SJPI 588/2016-ECLI: ES:JPI: 2016: 588).

43 SJPI n° 12 bis de Zaragoza, de 21 de julio de 2017 (recaída en los autos del JO 5.098/2017).

44 Vid. ÁLVAREZ BARBEITO, P, y MAMBRILLA LORENZO, B.: “Declaración de nulidad de las cláusulas de gastos en préstamos hipotecarios. Implicaciones respecto del impuesto sobre actos jurídicos documentados”, *Análisis GA&P*, febrero de 2017, en 10 págs.

45 Cfr., por todas STS, Sala Tercera, Sección 2ª, de 15 de enero de 2015, recurso núm. 1929/2013 (ROJ: STS 74/2015-ECLI: ES:TS: 2015: 74. Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Martín Timón) -y todas las precedentes que la misma cita-.



en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza es el prestatario, y que la constitución del derecho real de hipoteca en garantía de un préstamo únicamente tributa por el concepto de préstamo, por lo que la Sala ratifica la premisa de que el hecho imponible “préstamo hipotecario” es único, de manera que la conclusión de su sujeción a IAJD resulta coherente y produce la consecuencia de que el – también- único sujeto pasivo posible del tributo es el prestatario. No obstante, como atinadamente ha sido puesto de relieve por señalada doctrina<sup>46</sup>, tanto el artículo 18 del Reglamento del Impuesto, como también los mencionados artículos 8 d) y 15 del mismo cuerpo legal, se encuentran referidos al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y no al IAJD<sup>47</sup> -regulados ambos, como es sabido, en un mismo texto legal-, por lo cual la circunstancia de que, para la valoración desde la perspectiva de la transmisión patrimonial, se entienda que el préstamo hipotecario únicamente va a tributar por el concepto de préstamo a fin de eludir una doble imposición no puede significar que con precisa relación al IAJD concurra la apuntada unidad de hecho imponible pues, como ya tuve ocasión de señalar en otro apartado de este trabajo, en ningún caso un contrato de préstamo exige su instrumentalización mediante una escritura pública ni tampoco este negocio jurídico de por sí tiene acceso al Registro de la Propiedad, razón por la que en ninguna circunstancia un contrato de préstamo puede devengar el IAJD<sup>48</sup>. Por tal razón, en el Título III del Real Decreto 3494/1981, de 29 de diciembre, regulador del IAJD, no se contiene previsión normativa alguna semejante a la que alberga el artículo 15 del Reglamento con precisa referencia al supuesto del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, y en ninguna parte del texto legal se establece que, en relación con el IAJD, los préstamos hipotecarios tributen únicamente por el concepto de préstamo, pues tal previsión no sería de recibo al no constituir el préstamo ni el hecho imponible ni tampoco la base imponible del IAJD. De lo que se infiere que la controvertida declaración legal residenciada en el artículo 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, a

46 AGÜERO ORTIZ, A.: “Efectos y alcance de la nulidad de las cláusulas de gastos en préstamos hipotecarios con consumidores. Especial referencia al IAJD y los gastos de tasación”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2/2017, pp. 7-8. En este trabajo la autora, siguiendo a CASERO BARRÓN, R.: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004, Sección 2ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo, rec. n° 158/2002. Sobre la cuota proporcional de la modalidad de actos jurídicos documentados en los documentos notariales. Especial mención de quien es sujeto pasivo en los préstamos hipotecarios”, en *Quincena Fiscal*, núm. 20/2004, cit., aborda un riguroso estudio de la evolución histórica de la regulación de los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados que le conduce a ofrecer una adecuada interpretación del artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, según la cual el adquirente o interesado sólo es el acreedor garantizado, lo que le permite concluir atinadamente que ni el artículo 68 del Reglamento del ITP y AJD ni la jurisprudencia de la Sala Tercera del TS impiden la declaración de abusividad de la cláusula que repercute al cliente el abono del IAJD.

47 En efecto, el Título I del Real Decreto 3494/1981, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, comprensivo de los artículos 7 a 24, se encuentra dedicado a las “transmisiones patrimoniales”.

48 Cualquier otra interpretación supondría confundir “el préstamo y la hipoteca, pues la escritura del préstamo no está nunca sujeta al IAJD, porque el préstamo no es un acto inscribible en el Registro de la Propiedad, Mercantil o de la Propiedad Industrial” (cfr. SIMÓN ACOSTA, E.: “El préstamo hipotecario en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 379, 1999, p. 8).

cuyo tenor, en los supuestos “de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente el prestatario”, que viene a desarrollar la previsión legal del impuesto, se ha extralimitado respecto de lo establecido en la Ley reguladora del mismo a la que, en todo caso, debe atenerse el operador jurídico, singularmente el juzgador (ex art. 6 de la LOPJ), debiéndose estar, pues, a lo dispuesto en el artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en virtud del cual, el sujeto pasivo del impuesto es “el adquirente del bien o derecho”, expresión, como tantas veces he señalado, que se presenta interpretable pero en cuya más acertada hermenéutica no cabe sino considerar que debe entenderse referida al adquirente del derecho real de hipoteca, en definitiva, el acreedor hipotecario, por ser el derecho real de garantía ahora considerado el único -de entre los que integran el negocio jurídico dual por el que se constituye el crédito hipotecario- que requiere de inscripción registral constitutiva que demanda, en consecuencia, el previo otorgamiento de escritura pública<sup>49</sup>.

En consecuencia, la estipulación por la que se atribuye al prestatario consumidor el pago del tributo devengado en concepto de IAJD, contenida usualmente en la cláusula de gastos que se incorpora a la escritura de constitución del préstamo hipotecario debe ser declarada nula por abusiva, toda vez que, tratándose de una norma de carácter reglamentario, el artículo 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, constituye una extralimitación de la disposición normativa con rango de ley que se contiene en el artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto, y vulnera también la previsión constitucional del artículo 31.1 de la CE, la normativa específica de consumidores y usuarios – art. 89.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007- y la propia Directiva 91/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, al desplazar al consumidor-prestatario la condición de sujeto pasivo

49 Y si la previsión legal no precisa la cualificación de que los préstamos a los que la norma se refiere sean –o no hipotecarios, ello es porque, como tantas veces he señalado, el hecho imponible del impuesto es la emisión de las escrituras, actas y testimonios notariales que contengan actos o contratos inscribibles en el Registro de la Propiedad. Y, en el ámbito que ahora nos ocupa, el propio del crédito hipotecario, lo que tiene acceso al Registro no es el contrato de préstamo –el crédito, de naturaleza personal- sino –ineludiblemente- el derecho de garantía –la hipoteca, de naturaleza real-. En este sentido, conviene recordar que el artículo 28 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, dispone lo siguiente: “Están sujetas las escrituras, actas y testimonios notariales, en los términos que establece el artículo 31”. Y este último precepto se refiere a los siguientes documentos: “1. Las matrices y las copias de las escrituras y actas notariales, así como los testimonios (...). Las copias simples no estarán sujetas al impuesto. 2. Las primeras copias de escrituras y actas notariales, cuando tengan por objeto cantidad o cosa valuable, contengan actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil, de la Propiedad Industrial y de Bienes Muebles no sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o a los conceptos comprendidos en los números 1 y 2 del artículo 1 de esta Ley (...). 3. Por el mismo tipo a que se refiere el apartado anterior y mediante la utilización de efectos timbrados tributarán las copias de las actas de protesto”.

del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados devengado por la constitución de la garantía real hipotecaria en aseguramiento de un contrato de préstamo.

#### 4. Gastos de tasación del inmueble.

En relación con la frecuente imposición al cliente del tasador de la finca por parte de la entidad financiera, la estipulación en que se inserta presenta singular relevancia toda vez que la intervención procedimental del indicado profesional resulta esencial, además de por condicionar el valor de tasación del inmueble la cuantía del préstamo, por ser requisito ineludible para el ejercicio de la acción ejecutiva hipotecaria que en la “escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o el bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta” (art. 682.2.1º de la LECiv)<sup>50</sup>; resultando siempre nula la estipulación por la que la entidad bancaria imponga la empresa tasadora al consumidor que, en todo caso, debe tener plena libertad en la elección del tasador que considere más idóneo de entre los que, estando homologados por el Banco de España, reúnan los requisitos legalmente establecidos al efecto<sup>51</sup>, extremo éste último que deberá constar expresamente en la ficha de información precontractual que las entidades financieras deben entregar de manera gratuita a sus clientes (art. 21 y Anexo I de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios). Por otra parte, no cabe descuidar la proyección de la tasación del inmueble que se erige como requisito imperativo para las entidades financieras a los efectos de la movilización del crédito hipotecario (arts. 3 y 8.1 del RD 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, art. 7 de la LMH y arts. 1 y 2 de la OM ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas entidades financieras), lo que justifica el interés del prestamista en la emisión de tasaciones inmobiliarias en las que el inmueble ofrecido en garantía resulta valorado por encima de su estimación económica real a los efectos de poder utilizar en su favor la conclusión que de este dato se colige en orden a ofrecer en el mercado hipotecario un título asegurado

50 Resultando que el mismo “... no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario” (art. 682.2.1º de la LECiv, en coincidencia con la previsión contenida en el artículo 129.2 a) de la LH, ambos modificados por la Ley 1/2013, de 14 de mayo y, posteriormente, puntualmente reformados por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, que sustituye la redacción de 2013, de mayor simplicidad sintáctica, por la que se disponía que “... no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario”).

51 Cfr., al respecto, el artículo 3 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en su redacción dada por las Leyes 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, y 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social).

por una garantía real hipotecaria constituida sobre un inmueble tasado por precio significativamente superior al constituido por el monto del préstamo concedido.

Con todo, no es la validez de la cláusula sobre la fijación del valor de tasación del inmueble hipotecado ni los interesantes problemas que su consideración suscita, especialmente en orden a la determinación de su naturaleza, la cuestión que en este punto me propongo revisar; sino la de aquella estipulación por la que se repercute al cliente-consumidor el gasto generado por la tasación de la finca. A tales efectos, resulta de interés detenerse en la ya apuntada finalidad de la tasación del inmueble hipotecado.

Ciertamente, sin venir a determinar como criterio exclusivo el importe del préstamo concedido, el resultado de la tasación del inmueble es tenido en cuenta por la entidad financiera a los efectos de concretar las condiciones económicas de la oferta crediticia, singularmente el monto que va a constituir el objeto del préstamo, toda vez que la supuesta valoración real del bien inmueble, además de ser premisa procedimental para la ejecución –judicial y extrajudicial de la hipoteca– (cfr. arts. 682.2.1° de la LECiv, 129.2 de la LH y 234 del RH), refleja la virtualidad aseguradora de la finca ofrecida en garantía que, en todo caso, admitirá la constitución de ulteriores hipotecas en función de su valor económico a último determinado a través del procedimiento de tasación. No obstante lo cual, el fin de la tasación no se agota con este propósito que ni siquiera es el más relevante de sus objetivos, a pesar de haber condicionado significativamente el sentido de las resoluciones que imponen al consumidor el abono de los gastos generados por la actividad tasadora al entender que el principal interesado en la tasación del inmueble es el prestatario pues el propósito esencial de la misma es determinar el valor del inmueble ofrecido en garantía a los efectos de obtener la financiación pretendida. En efecto, tal y como ya quedó señalado, la tasación del inmueble va a permitir al acreedor hipotecario el ejercicio de la acción ejecutiva –judicial y extrajudicial– del título no judicial en que la inscrita escritura de constitución de la hipoteca consiste (art. 517.2.4° de la LECiv). No quiere esto decir que si no hay tasación no pueda el acreedor real obtener una eficaz tutela de su derecho por otro procedimiento pero, evidentemente, ningún otro expediente procedimental sería en principio más expeditivo, por lo que cabe concluir que la entidad prestamista tiene un evidente interés en que se realice la tasación del inmueble que va a servir de garantía para su crédito. Pero es que además, como también anticipé, la tasación va a posibilitar que el crédito hipotecario pueda ser catalogado de elegible a los efectos de su movilización, favoreciendo de este modo a la entidad crediticia que va a poder emitir cédulas, bonos y participaciones hipotecarias, en definitiva valores negociables cuya mercantilización va a reportar beneficios no precisamente al consumidor prestatario sino a la entidad financiera garantizada.

Sin duda, la ponderación de las ventajas de la tasación del inmueble ofrecido en garantía brinda como resultado la realidad de una parte contratante destacadamente beneficiada por su concurrencia que es la entidad prestamista, que podrá con fundamento en la existencia de una tasación ejecutar su título y movilizar los créditos hipotecarios de que disponga, frente al consumidor prestatario que puede no ver afectada la concesión del préstamo por la inexistencia de tasación efectiva siempre y cuando el objeto ofrecido en garantía sea un bien inmueble que a consideración del prestamista permita una cobertura suficiente del importe del préstamo ante la eventualidad de su impago<sup>52</sup>. Por ello considero que la estipulación mediante la que de manera sistemática se impongan al consumidor los gastos generados por la tasación del inmueble debe ser tachada de abusiva y, por ende, ser declarada nula, toda vez que se trata de una cláusula por la que se trasladan al consumidor unos costes que de manera natural incumben al profesional (art. 89.2.y.2 a) del RD Legislativo 1/2007) como sujeto principalmente interesado en la existencia de la tasación, además de generar su atribución al consumidor un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes en clara vulneración de las exigencias de la buena fe (art. 82 del RD Legislativo 1/2007), ya que no resulta razonable entender que si la estipulación cuestionada se hubiera negociado individualmente y el prestatario hubiera recibido la completa información acerca de la eficacia práctica de la tasación de la finca éste hubiera consentido en el abono del gasto que la misma genera.

A pesar de lo expuesto, debe significarse que la inmensa mayoría de las resoluciones emitidas por nuestros tribunales declaran la validez de la cláusula por la que se imponen al consumidor prestatario los gastos derivados de la tasación del inmueble, en ocasiones incluso sin ofrecer argumentación alguna al respecto, al valorar como finalidad primordial de la misma la obtención del préstamo por parte

52 Sobre la necesidad de la tasación del inmueble ofrecido en garantía la Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido ocasión de pronunciarse en su Resolución de 22 de enero de 2014 (B.O.E nº 38, de 13 de febrero de 2014), en la que se aborda la cuestión acerca de si una hipoteca constituida a favor de un particular ha de cumplir también con los requisitos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en cuanto a la tasación. Y, al respecto, el Centro Directivo se ha manifestado en sentido positivo. Al respecto, la referida Resolución parte de un hecho incontestable exteriorizado en la afirmación siguiente: "La citada Ley 1/2013, de 14 de mayo, impone, para toda hipoteca ya se destine o no a servir de cobertura a una emisión de títulos hipotecarios, como requisito legal para poder ejercitar la acción real hipotecaria por la vía del procedimiento de ejecución directa o de la venta extrajudicial, la doble condición de que la finca haya sido previamente tasada conforme a la Ley reguladora del mercado hipotecario y que el valor de tasación a los efectos de la subasta no sea inferior al setenta y cinco por ciento de la realizada conforme a la citada legislación". Como ya he tenido ocasión de señalar, así se desprende de la nueva redacción del artículo 682.2.1º de la LECiv, mantenida en esencia tras la reforma operada por la Ley 19/2009, de 13 de julio y, en el mismo sentido, consta modificado el artículo 129 de la LH para la venta extrajudicial. Atendido cuanto antecede, la conclusión de la DGRN es que esta normativa "es aplicable con independencia de los sujetos y de la naturaleza del bien hipotecado". Cuestión distinta, no abordada por Resolución considerada, es que, como resulta lógico, la hipoteca podrá inscribirse a pesar de no concurrir la tasación del inmueble, si bien sin el pacto que permite la venta extrajudicial y la posibilidad de utilización del procedimiento especial de ejecución hipotecaria establecido en los artículos 681 y siguientes de la LECiv. En tal caso, el acreedor podrá acudir al procedimiento de ejecución ordinario de la Ley 1/2000, en cuya sede tendría que valorarse el inmueble de conformidad la disposición contenida en el 666 y, por remisión, los artículos 637 y siguientes de la Ley Procesal, es decir, mediante el nombramiento de un perito judicial que proceda a su tasación y descontando el importe vigente de las cargas preferentes.

del cliente al que se considera único beneficiado por la existencia de la tasación, y considerar asimismo la circunstancia de que la tasación es un servicio que la entidad prestamista ofrece al cliente –que, por consiguiente, debe ser remunerado–, además de que se trata de un gasto que usualmente resulta asumido por el consumidor sin entrar a cuestionar la razón de la inercia de su atribución al prestatario que se asume como premisa incuestionada para justificar su validez<sup>53</sup>.

## 5. Gastos generados por la contratación de un seguro de daños sobre el inmueble gravado con la hipoteca.

Como punto de partida en la consideración de este específico gasto impuesto al prestatario, de abonar un seguro de daños sobre el inmueble hipotecado, que además determina que su solicitud de nulidad con fundamento en su abusividad resulte de ordinario desestimada por nuestros tribunales<sup>54</sup>, hay que partir del pronunciamiento que a su respecto se contiene en la STS, Sala I<sup>a</sup>, de Pleno, n° 705/2015, de 23 de diciembre, en la que se declara que la cláusula en cuestión no puede ser declarada abusiva por localizar su fundamento en la obligación legal contenida en el artículo 8 de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario.

53 En el apuntado sentido vid. la SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 18 de noviembre de 2015 (SAP de Barcelona, Sección 15ª, n° 269/2015, de 18 de noviembre, recurso núm. 505/2014 (ROJ): SAP B 10756/2015 ECLI: ES: APB: 2015: 10756. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Garrido Espa), la SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 14 de mayo de 2014 (SAP de Pontevedra, Sección 1ª, n° 175/2014, de 14 de mayo, recurso núm. 220/204 (ROJ): SAP PO 448/2014-ECLI: ES: APPO: 2014: 448. Ponente: Ilmo Sr. D. Manuel Almenar Belenguier), la SAP de Huelva, Sección 2ª, de 24 de febrero de 2016 (SAP de Huelva, Sección 2ª, n° 103/2016, de 24 de febrero, recurso núm. 45/2016 (ROJ): SAP H 127/2016-ECLI: ES: APH: 2016: 127. Ponente: Ilmo. Sr. D. Andrés Bodega de Val) y la SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 17 de octubre de 2016 (SAP de Barcelona, Sección 15ª, n° 225/2016, de 17 de octubre, recurso núm. 114/2015 (ROJ): SAP B 9192/201-ECLI: ES: APB: 2016: 9192. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Garrido Espa). En sentido diverso del expuesto se localiza un menor número de resoluciones, en su mayoría recientemente dictadas por juzgados de instancia que, apuntando un incipiente criterio jurisprudencial con vocación de consolidar, consideran abusiva la estipulación por la que se atribuyen al prestatario los gastos de tasación del inmueble hipotecado, por entender que se trata de un coste que debe ser asumido por la entidad prestamista (art. 89.3 a) del RD Legislativo 1/2007) como principal interesada en determinar la estimación real del inmueble, y no sólo respecto de la tasación inicial sino incluso respecto de sucesivas tasaciones posteriores que, en todo caso, quedarían determinadas por la exclusiva voluntad de la entidad financiera que, vulnerando el principio de igualdad contractual (art. 1256 del CC), podría imponer gastos no previstos inicialmente al consumidor (cfr., por todas, SAP de Girona de 10 de marzo de 2016 (JUR 2016/102096), AAP de Zaragoza, Sección 5ª, n° 17/2017, de 5 de enero, recurso núm. 384/2016 (ROJ): AAP Z 358/2017-ECLI: ES: APZ: 2017: 358ª. Ponente: Ilmo. Sr. D. Alfonso María Martínez Areso) y, en el mismo sentido, SJPI n° 1 de Santander, de 11 de mayo de 2017 (recaída en los autos del JO 21/2017), SJPI n° 1 de Valencia, de 24 de mayo de 2017 (recaída en los autos del JO 247/2017), SJPII n° 4 de Alcorcón, de 25 de mayo de 2017 (recaída en los autos del JO 142/2017), SJPI n° 7 de Santander, de 28 de junio de 2017 (recaída en los autos del JV 83/2017) y SJPI n° 4 de Castellón, de 6 de julio de 2017 (recaída en los autos del JO 296/2017).

54 Cfr., por todas, SSAP de Barcelona, Sección 15ª, n° 269/2015, de 18 de noviembre, recurso núm. 505/2014 (ROJ): SAP B 10756/2015-ECLI: ES: APB: 2015: 10756. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Garrido Espa), de Guipúzcoa, Sección 2ª, n° 81/2016, de 12 de abril, recurso núm. 2047/2016 (ROJ): SAP SS 344/2016-ECLI: ES: APSS: 2016: 344. Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Teresa Fontcuberta de Latorre), de Pontevedra, Sección 1ª, n° 187/2016, de 7 de abril, recurso núm. 173/2016 (ROJ): SAP PO 590/2016-ECLI: ES: APPO: 2016: 590. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jacinto José Pérez Benítez), de Zaragoza, Sección 5ª, n° 264/2016, de 4 de mayo, recurso núm. 187/2016 (ROJ): SAP Z 1030/2016-ECLI: ES: APZ: 2016: 1030. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Antonio Pérez García), de Valencia, Sección 9ª n° 659/2016, de 11 de mayo (ROJ): SAP V 2770/2016-ECLI: ES: APV: 2016: 2770. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Sellar Roca de Togores), de Tarragona, n° 252/2016, de 1 de junio (ROJ): SAP T 880/2016 -ECLI: ES: APT: 2016: 880. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Carril Pan) y de Barcelona, Sección 15ª, n° 225/2016, de 17 de octubre, recurso núm. 114/2015 (ROJ): SAP B 9192/2016 - ECLI: ES: APB: 2016: 9192. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Garrido Espa).

Ciertamente, la imposición al hipotecante deudor del abono de un seguro de daños se vincula con su correlativa obligación de conservación diligente del inmueble, garantizada para acreedor hipotecario por la acción de devastación que se residencia en la disposición normativa que se contiene en el artículo 117 de la LH (cfr., como especificación del supuesto, el art. 219 del RH) y también por las previsiones contenidas en los preceptos que regulan la extensión legal de la hipoteca al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados (cfr. art. 109 de la LH). Por todo lo cual, en principio, parece justificada la atribución al cliente-consumidor de los gastos generados por la contratación de un seguro de daños sobre el inmueble hipotecado. No obstante lo cual, esta afirmación merece ser objeto de determinadas puntualizaciones a los efectos de determinar el alcance de su contenido y efectos.

En primer lugar, conviene tener presente que, con carácter general, nuestros tribunales consideran abusivas aquellas cláusulas que permitan a la entidad bancaria la elección de la entidad aseguradora y/o, en su caso, las características de la póliza contratada<sup>55</sup>. Así se declara en la SAP de Pontevedra, de 14 de mayo de 2014<sup>56</sup>. En segundo lugar, debe señalarse que la configuración de la obligación legal por la que se impone la contratación de un seguro de daños que garantice la conservación del inmueble objeto de la garantía hipotecaria específica que el mismo deberá asegurarse, en todo caso, por el “valor de tasación” (cfr. arts. 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y 10.1 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero que, además, especifica que debe excluirse del valor de tasación el “el valor de los bienes no asegurables por naturaleza, en particular el suelo”). Es por lo que la estipulación que imponga el aseguramiento del inmueble gravado con hipoteca por su valor de nuevo deberá ser considerada abusiva<sup>57</sup>.

## **6. Gastos derivados del seguro de amortización del préstamo hipotecario y de la contratación de seguros de vida del prestatario.**

En la actividad de las entidades financieras resulta una práctica frecuente asociar la contratación de un préstamo hipotecario con la simultánea de un seguro de

55 A este respecto debe tenerse en cuenta que el artículo 85 del Real Decreto 1/2007, de 16 de noviembre, intitulado “Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario” establece lo que sigue: “Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguientes: (...) 3. Las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato”.

56 SAP de Pontevedra, Sección 1ª, nº 175/2014, de 14 de mayo, recurso núm. 220/2014 (ROJ: SAP PO 448/2014-ECLI: ES:APPO: 2014: 448. Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Almenar Belenguer).

57 Así lo acuerda la SAP de Madrid, Sección 28ª, nº 242/2013, de 26 de julio, recurso núm. 161/2012, resolución recurrida en casación que determinó la STS, Sala 1ª, de Pleno, nº 705/2015, de 23 de diciembre (ROJ: SAP M 12691/2013-ECLI: ES:APM: 2013: 12691. Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique García García).

amortización –y demás productos vinculados que, de manera usualmente obligatoria, se le imponen al cliente, como un seguro de vida o incapacitación del prestatario y otros, tales como la suscripción de planes de pensiones o la contratación de tarjetas de crédito o débito con la necesidad de realizar con las mismas determinados pagos mínimos con la consecuencia en caso de no hacerlo de la repercusión de una comisión por mantenimiento-, con la misma entidad o con otra diversa que en todo caso el Banco elige, como condición para la concesión del préstamo hipotecario que es, verdaderamente, el objeto real del interés del consumidor<sup>58</sup>. La apuntada estipulación<sup>59</sup>, que de ordinario se incluye en el clausulado de las escrituras de préstamo garantizadas con hipoteca sobrepasa manifiestamente la única obligación legal que en este ámbito incumbe al deudor hipotecario, de asegurar los eventuales daños que pudiera padecer el inmueble (art. 8 de la Ley 2/1981, de 25 marzo, reguladora del Mercado Hipotecario) y, planteada al consumidor de la manera expuesta resulta, a todas luces, de suyo abusiva, especialmente si se incorpora como presupuesto para provocar el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario como consecuencia –del mismo modo impuesta unilateralmente- de su incumplimiento, determinando también en este último caso la nulidad por abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado en la que se integra como premisa, toda vez que vincula la virtualidad resolutoria del prestamista a un incumplimiento irrelevante –el de la obligación accesoria de abonar la prima del contrato de seguro vinculado-, quedando la resolución contractual al arbitrio de la parte prestamista –en clara vulneración del principio de igualdad de las partes contratantes recogido en el artículo 1256 del CC-, y generando un desequilibrio importante en evidente perjuicio del prestatario. En otras ocasiones resulta que ni en la oferta vinculante del contrato de préstamo garantizado mediante hipoteca, ni en la escritura de su constitución, se incluye expresamente, como condición del préstamo, la obligatoriedad de contratar un seguro de amortización, a pesar de lo cual si en un determinado momento el consumidor que inicialmente asumió el pago de la prima del seguro deja de atenderlo<sup>60</sup>, por considerar que su contratación no era obligatoria -y tal vez haber

58 Al respecto, MAGRO SERVET. V.: “¿Es posible que las entidades bancarias anuden a una póliza de préstamo hipotecaria una póliza de seguro sobre el inmueble de forma preceptiva e inseparable del contrato?”, en *El Derecho. Revista de Jurisprudencia*, Madrid, 22 de diciembre de 2011, indica que desde el punto de vista de las aseguradoras se ha mostrado seria preocupación por estas circunstancias, incluso planteando la no viabilidad jurídica de esta obligación anudada al contrato de préstamo hipotecario como imperativa en su suscripción para el prestatario que, al mismo tiempo, pasa a tener también la condición de asegurado.

59 De por sí no necesariamente abusiva. En este sentido, la SAP Barcelona, Sección 16ª, de 3 febrero 2003, recurso núm. 702/2002 (RO): SAP B 986/2003-ECLI: ES:APB: 2003: 986. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jordi Seguí Puntas), declara lo siguiente: “Nada se objetará a la validez de los seguros de amortización de préstamos anexas a estos últimos, puesto que no cabe proclamar su nulidad intrínseca sin más, como lo prueba que la propia Ley de Crédito al Consumo de 23 marzo atiende la incidencia de ‘la necesidad de constitución, en su caso, de un seguro de amortización del crédito por fallecimiento, invalidez, enfermedad o desempleo del titular’ [arts. 6.2 y 18.a)]. No cabe desconocer por otra parte que en esa clase de seguros el riesgo efectivamente asegurado no es tanto la muerte o invalidez del asegurado, cuanto la subsiguiente imposibilidad para generar ingresos que permitan seguir amortizando el préstamo; con lo que también puede resultar de interés para el prestatario -y sobre todo para sus herederos- esa garantía adicional” (Fjco Cuarto).

60 Comunicando dicha decisión, en todo caso, el prestatario-asegurado a la entidad bancaria, dentro del plazo mínimo de antelación previsto en el artículo 22, párrafo 2º, de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, a cuyo tenor: “Las partes pueden oponerse a la prórroga del contrato mediante una notificación escrita



encontrado otra entidad aseguradora que le ofrece mejores condiciones-, la entidad financiera da por vencido anticipadamente el préstamo hipotecario y procede a interesar la ejecución hipotecaria. En otros supuestos la entidad prestamista utiliza la contratación de servicios adicionales vinculados al préstamo hipotecario como requisito para ofrecer al prestatario mejores condiciones contractuales de éste último, tales como la bonificación del diferencial.

En todos estos casos se plantea la necesidad de considerar, por una parte, la naturaleza de la obligación de contratar, con ocasión de la contratación del préstamo hipotecario y vinculada al mismo, un contrato de seguro que permita la cobertura de los posibles riesgos de insolvencia asociados al fallecimiento o a la incapacidad del deudor hipotecario y, por otra parte, la nulidad por abusiva de la estipulación en la que se contiene dicha obligación impuesta por la entidad financiera que comporta el vencimiento anticipado del préstamo por incumplimiento de la obligación accesoria de pago de la prima del seguro de amortización en cuestión. Pero, además, cabe plantearse si la declaración de abusividad de la cláusula por la que se establece la contratación del servicio adicional vendría fundada en un incumplimiento del deber de transparencia o más bien en la circunstancia de suponer la imposición al consumidor de la contratación de bienes o servicios complementarios o accesorios no solicitados por aquél (art. 89.4 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), supuesto éste último en el que habría que plantearse, a su vez, si el prestatario ha tenido o no la posibilidad real de escoger entre la contratación del préstamo hipotecario con el producto vinculado o sin la contratación del mismo. A la revisión de las apuntadas cuestiones me refiero seguidamente.

Por cuanto se refiere a la naturaleza de la obligación de suscribir un contrato de seguro vinculado con la contratación de un préstamo hipotecario, de ninguna norma vigente cabe deducir que la misma encuentre fundamento en obligación legal alguna determinante de la consiguiente vinculación contractual que de este modo quedaría justificada, toda vez que, como ya apunté, en la contratación de un préstamo con garantía hipotecaria no concurre para el prestatario obligación legal diversa en este ámbito que la de contratar el seguro de daños previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, reguladora del Mercado Hipotecario. No obstante lo cual, no parece discutible la conveniencia para el prestamista de que el prestatario contrate un seguro de vida a los efectos de que en el supuesto de fallecimiento o invalidez del deudor hipotecario la parte de deuda pendiente de pago persista asegurada, con el consiguiente interés también constatable de los sucesores del prestatario que, en caso de aceptación pura y simple de la herencia, no tendrán que asumir la obligación de abonar la deuda pendiente de pago en virtud del préstamo

---

a la otra parte, efectuada con un plazo de dos meses de anticipación a la conclusión del período del seguro en curso”.

hipotecario contraído por su causante por quedar la misma cubierta por el seguro que garantizaba su amortización.

Respecto del posible carácter abusivo de la estipulación por la que se posibilita declarar el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario asociado a la contratación de un seguro de amortización por el impago de la prima del seguro vinculado, resulta de obligada mención la STS, Sala I<sup>a</sup>, de 16 de diciembre<sup>61</sup>, por la que se estima un recurso de la Organización de Consumidores y Usuarios en el ejercicio de una acción de cesación de cláusulas abusivas incluidas en contratos bancarios suscritos por consumidores con varias entidades de crédito que resultan considerados “desproporcionados” y “confusos”, de cuya doctrina jurisprudencial se concluye que el impago por parte del prestatario de la prima del seguro de amortización del préstamo hipotecario, por su irrelevancia, no puede constituir un presupuesto que permita por la entidad prestamista concluir un incumplimiento contractual determinante del vencimiento anticipado del préstamo –y consiguiente ejecución de la hipoteca-. Por lo que la cláusula que lo establece debe ser tachada de abusiva.

Concluida la nulidad por abusiva de la cláusula en los términos indicados, procede considerar si el fundamento de su abusividad se localiza en la falta de superación del control de transparencia o bien en la circunstancia de ser uno de los supuestos en que la legislación tuitiva de los consumidores y usuarios declara en todo caso la tacha de abusividad (art. 89.4 del RD Legislativo 1/2007). En ambos sentidos se localizan pronunciamientos de nuestros tribunales.

En principio conviene tener en cuenta que el artículo 89.4 del Real Decreto Legislativo 1/2007 considera -en todo caso y sin posibilidad alguna de valoración- abusivas las cláusulas que impongan al consumidor la contratación de bienes o servicios complementarios o accesorios no solicitados, por lo que debe entenderse que la validez de la cláusula que consideramos va a depender de que el cliente-consumidor tenga la posibilidad real de elegir entre contratar el préstamo hipotecario con el producto vinculado o bien prescindiendo del mismo, pues si la oferta vinculante y/o el contenido de la escritura de préstamo hipotecario –que necesariamente deben ser coincidentes en punto a las cláusulas financieras que albergan- acreditan que únicamente se le ofreció la posibilidad de contratar el préstamo hipotecario si también contrataba junto con el mismo los productos asociados entonces la estipulación que así lo establezca debe considerarse abusiva y, por ende, nula, por expresa disposición de la norma citada. Desde esta consideración, el Auto de la Sección 17<sup>a</sup> de la AP de Barcelona de 10 de octubre de 2014<sup>62</sup> confirmó la nulidad

61 STS, Sala I<sup>a</sup>, n° 792/2009, de 16 de diciembre, recurso núm. 2114/2005 (ROJ: STS 8466/2009-ECLI: ES:TS: 2009: 8466. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Eugenio Corbal Fernández).

62 AAP de Barcelona, Sección 17<sup>a</sup>, n° 326/2014, de 10 de octubre, recurso núm., 217/2014. ROJ: AAP B 667/2014-ECLI: ES:APB: 2014: 667<sup>a</sup>. Ponente: Ilma. Sra. María Sanahuja Buenaventura.

por abusiva de la cláusula por la que se imponía la contratación de un seguro de amortización vinculado al préstamo hipotecario. Pero es que, por otra parte, no cabe descuidar el sentido del pronunciamiento contenido en la STJUE de 21 de diciembre de 2016<sup>63</sup>, al declarar que el control de transparencia material a que se refiere la STS de 9 de mayo de 2013 se residencia no sólo en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE –con relación a las cláusulas definidoras del objeto principal de contrato– sino también en el artículo 5 de la misma –atinente a todas las estipulaciones que integran el clausulado contractual–, alcanzando pues con carácter general a la información precontractual, por lo que debe deducirse que cualquier cláusula contractual se encuentra sometida al referido control de transparencia material que impone que el cliente-consumidor pueda disponer “antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración”. Por lo que también a las estipulaciones ahora consideradas les alcanza el deber de transparencia, de manera que si la entidad prestamista, con carácter previo a la celebración del contrato de préstamo, no puso a disposición del cliente-consumidor la información necesaria que le instruyera acerca de la obligatoriedad de suscribir el producto asociado del que se trate, así como también el alcance de sus consecuencias económicas y jurídicas, la cláusula será nula por abusiva, al no superar el control de transparencia, incluso en el supuesto de que el consumidor tuviera la posibilidad de elegir entre otras varias ofertas vinculadas o no a determinados productos. En este sentido, la SAP de León de 16 de diciembre de 2016<sup>64</sup> declara nula, al no superar el control de transparencia material –pues la prima del seguro no se encontraba incluida en el cálculo de la TAE, ni el cliente-consumidor había sido informado de la consecuencia económica derivada de la financiación de la prima del seguro cuyo importe se incluyó en el objeto del préstamo–, la cláusula que impone al consumidor la contratación de un seguro de amortización que, en el caso enjuiciado, integraba un seguro de prima única cuyo coste, además, se encontraba incluido en el capital objeto del contrato de préstamo.

### **III. PLAZO DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS CON CONSUMIDORES; REFERENCIA AL PRÉSTAMO CON HIPOTECA YA CANCELADA. OBLIGACIÓN DE RESTITUCIÓN DE LAS CANTIDADES INDEBIDAMENTE COBRADAS POR PARTE DE LA ENTIDAD BANCARIA.**

Sabido es que la categoría más rigurosa de ineficacia contractual es la nulidad absoluta o de pleno derecho, que implica una radical improductividad de efectos jurídicos del acto que la padece, frente a la nulidad relativa –o anulabilidad– que supone una situación incierta de nulidad a despejar mediante la impugnación, convalidación

63 Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15.

64 SAP de León, Sección 1ª, ROJ: SAP LE 1264/2016-ECLI: ES: APLE: 2016: 1264. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ricardo Rodríguez López.

o confirmación del acto o negocio cuestionado. El acto radicalmente nulo no es jurídicamente sanable, toda vez que el vicio que lo afecta no es susceptible de ser remediado, ni siquiera por el transcurso del tiempo, de conformidad con el clásico principio “quod ad initium vitiosum est non potest tractu temporis convalescere” (D. 50, 17, 29)<sup>65</sup>. Sentado cuanto antecede debe señalarse que la nulidad que afecta a las estipulaciones con tacha de abusividad es la nulidad radical o de pleno derecho. Así se desprende de la previsión general contenida en el artículo 6.3 del Código Civil, a cuyo tenor; “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”. La anterior declaración resulta aplicada a las condiciones generales abusivas por el artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, al disponer lo que sigue: “1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor; entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios –remisión que actualmente hay que entender referida al RD Legislativo 1/2007, Cap. II “Cláusulas abusivas”, arts 82 a 91-”.

En consecuencia, declarada nula por abusiva la cláusula de gastos inserta en un contrato de préstamo hipotecario celebrado con un consumidor, resulta que la específica estipulación anulada va a padecer las determinaciones legales que se siguen de la nulidad absoluta, es decir, la apuntada improductividad radical de efectos jurídicos, determinante de que se la tenga por no puesta –por tanto, excluida del contrato- sin posibilidad de interpretación integradora o moderadora de su contenido por parte del juzgador<sup>66</sup>. Además, en cuanto al plazo dentro del cual es posible el ejercicio de la correspondiente acción en interés de su nulidad, dicha acción estará sometida a la misma extensión prescriptiva que afecta a las correspondientes acciones de nulidad que, a diferencia de las de nulidad relativa –que prescriben a los cuatro años ex art. 1301 del CC-, son imprescriptibles<sup>67</sup>. Por lo expuesto se debe

65 CASTILLO MARTÍNEZ, C.C.: “Eficacia de las normas jurídicas (II). Nulidad de los actos contra ley, fraude de ley, exclusión voluntaria de ley aplicable y renuncia de derechos”, en *Introducción al Derecho Civil español* de Enrique Lalaguna Domínguez, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1990, pp. 315-339.

66 Así consta declarado en la STJUE de 14 de junio de 2012 -Asunto C-618/10-, en la que el Tribunal europeo consideró que era contraria al artículo 6.1 de la Directiva 13/93/CEE una norma nacional que atribuía al juzgador la facultad de moderar el contenido de una cláusula abusiva por implicar esta moderación en cierto sentido la admisión del carácter vinculante de la misma.

67 La cuestión acerca del plazo de prescripción de la acción de nulidad mantiene abierto un clásico debate entre nuestra más destacada doctrina, defendiendo al respecto algunos autores que la acción de nulidad prescribe en el plazo previsto, en el artículo 1964 del CC, para las acciones personales que no tengan establecido un plazo especial de prescripción, incluso aunque la cláusula no deje de ser nula al no producir el transcurso de tiempo efecto sanador alguno. En este sentido, vid. PASCUAL LIAÑO, M.: “La acción de nulidad sí prescribe”, Ponencia del autor publicada en Internet, y localizable en la siguiente dirección: <http://www.codigo-civil.info/nulidad/>

concluir que, si bien la acción declarativa de la nulidad de la cláusula de gastos es imprescriptible, no participa de esta misma naturaleza la pretensión restitutoria ex artículo 1303 del Código Civil de las prestaciones indebidamente abonadas por el consumidor, que van a quedar sometidas al plazo de prescripción de cinco años, actualmente previsto en el artículo 1964 para el ejercicio de las acciones personales sin plazo de prescripción especial, por lo que la pretensión declarativa de nulidad no puede sobrepasar los plazos previstos para la pretensión restitutoria<sup>68</sup>, resultando en todo caso que el “dies a quo” para el cómputo del plazo de ejercicio de la acción restitutoria comienza a contar “desde el día en que pudieron ejercitarse” (art. 1969 del CC) que, en definitiva, no es sino desde el momento en que el consumidor tiene conocimiento de que la cláusula es abusiva.

En el apuntado contexto procede ahora considerar la posibilidad de reclamar los gastos de formalización del préstamo hipotecario en el supuesto de que la hipoteca ya se encuentre cancelada. Para abordar adecuadamente esta cuestión me parece oportuno realizar algunas reflexiones. En primer lugar, debe precisarse que cuando se habla de “hipoteca cancelada”, lo que realmente quiere indicarse es que el préstamo asegurado con la garantía real hipotecaria ya se ha extinguido, usualmente por pago o bien por otra causa de conclusión de la relación obligatoria (art. 1156 del CC); ciertamente, atendida la dinámica del principio de accesoriedad por cuya virtud la hipoteca –elemento accesorio- se vincula a la obligación asegurada –elemento principal- ninguna repercusión en la esencia y contingencias de la relación personal crediticia, más allá de su reforzamiento o debilitamiento determinado por la constitución o desaparición de la garantía real, van a tener las vicisitudes que afecten a la relación real de garantía, entre las que se encuentra la formal extinción de la misma mediante la cancelación registral, toda vez que del apotegma jurídico “accessorium sequitur principale” se deriva, precisamente, lo contrario, razón por la cual, extinguido el crédito sí que decae la garantía real que es accesoria a aquél. Es por lo que la cancelación registral del derecho real de hipoteca no va a tener repercusión alguna en la determinación de la viabilidad de la acción para reclamar el reintegro del importe de los gastos indebidamente abonados residenciada en el artículo 1303 del Código Civil, y fundada en la declaración de nulidad de una relación obligatoria. En segundo lugar, es preciso señalar que la extinción de la relación

---

lodel/document.php?id=288&format=print, en 15 páginas, pp. 4-5. En el mismo sentido, DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 2003, p. 96. Diversamente, se manifiestan, entre otros, DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup> A.: *Tratado de la nulidad de los contratos*, Colex, Zaragoza, 2003, p. 124.

68 En este sentido CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 673-674, explica que “cuando el contrato ha sido entera o parcialmente cumplido, por una o ambas partes, la pretensión de declaración de ineficacia está subordinada a la pretensión de condena restitutoria. Entonces se han de aplicar los arts. 1303 y 1307 CC. Si la pretensión restitutoria está sujeta a plazos de prescripción o caducidad, la pretensión declarativa no puede sobrepasarlos. Sólo será ello posible si el que alega la prescripción no ha cumplido (enteramente) todavía, y la acción que se hace valer contra él es una acción por la que se le exige el cumplimiento o por la que se le reprocha el incumplimiento”, resultando que la acción declarativa de nulidad “no puede gozar de un plazo que le permita producir efectos que ya no podrían obtenerse mediante la acción de restitución”.

obligatoria de préstamo no obsta a que se puedan interponer las reclamaciones pertinentes que asienten en circunstancias que, aún concurrentes al tiempo de su perfección, resultaron conocidas por las partes en un momento posterior y que, en todo caso, condicionan la validez o eficacia de la relación crediticia —así la existencia de una causa de nulidad absoluta o de pleno derecho, o de un motivo que justifique la impugnación por ser fundamento de una nulidad relativa o anulabilidad—. En tercer lugar, y completando la anterior reflexión, hay que señalar que, a último, la cuestión medular para determinar la posibilidad que ahora consideramos es que la acción ejercitada se interponga dentro del plazo legalmente dispuesto para su eficaz ejercicio, razonamiento que, en todo caso, resulta de válida aplicación a cualquier avatar jurídico de estas características; así, por ejemplo, nada impide que se considere válidamente perfeccionado un contrato de compraventa (arts. 1258 y 1445 del CC) e incluso consumado por haberse entregado la cosa que constituye su objeto y el precio por la misma (art. 1450 del CC) y que, posteriormente a la perfección contractual —presupuesto, en todo caso, de la validez y eficacia del negocio—, el adquirente ejercite eficazmente una acción de saneamiento (arts. 1474 y ss. del CC) —o cualquier otra por responsabilidad contractual—, pues lo esencial al respecto es que no conste extinguido el plazo para el ejercicio de la acción correspondiente. Por consiguiente, la cuestión lo es de prescripción de la acción y, en tal contexto, deberá valorarse si, de acuerdo con la posición que defiendo, debe entenderse que la acción de nulidad es imprescriptible, como yo creo, o bien si se considera que la misma debe sujetarse al plazo a que se refiere el artículo 1964 del Código Civil, actualmente de cinco años, o incluso al previamente regulado de quince años en función de que los hechos enjuiciados se ubicaran bajo la eficacia temporal de una o otra previsión legal<sup>69</sup>. En definitiva, debe admitirse la posibilidad de reclamar los gastos de formalización de un préstamo hipotecario ya cancelado, siempre que la acción ejercitada no haya prescrito, teniendo en cuenta, en todo caso, que (i) la parte demandada siempre deberá invocar la prescripción como motivo de oposición para que la alegación pueda ser considerada<sup>70</sup>, y que (ii) aunque la parte demandante no explicita en el escrito demanda la pretensión restitutoria la misma va siempre implícita en la reclamación por la que se interesa la declaración de nulidad, como

69 A cuyo efecto debe considerarse que, a tenor de la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, se establece que el tiempo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, nacidas antes de su entrada en vigor -7 de octubre de 2015- se regirá por lo dispuesto en el artículo 1939 del CC, según el cual “la prescripción comenzada antes de la publicación de este código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá ésta su efecto, aun que por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo”.

70 Toda vez que, como es sabido, además de la posibilidad de interrupción, la característica que permite diferenciar entre prescripción y caducidad es la necesidad de invocación de la primera, de manera que la prescripción deberá ser alegada por el deudor, o demandado, cuando el acreedor, o actor, le reclame el cumplimiento de la conducta debida fuera de los plazos normativamente dispuestos. Por lo tanto, resultando imprescindible la alegación por la vía de la excepción u oposición a la reclamación planteada, los tribunales no podrán nunca apreciar de oficio la prescripción, que sólo será comprobada a instancia de parte. Por contra, la caducidad sí será directamente apreciada de oficio por parte de los tribunales, con lo que no tendrá que ser alegada por la parte reclamada.

pretensión accesoria impuesta con carácter de consecuencia legal en la previsión del artículo 1303 del Código Civil<sup>71</sup>.

Por cuanto se refiere a la determinación del alcance de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos, considerada la previsión legal que se residencia en el artículo 1303 del Código Civil –la restitución recíproca de prestaciones como ineludible efecto derivado de la declaración de nulidad-, resulta imprescindible atender al sentido de los pronunciamientos contenidos en la ya mencionada STJUE de 21 de diciembre de 2016<sup>72</sup>, que precisa que la declaración de nulidad de una cláusula abusiva determina su expulsión del contrato y, en consecuencia, en el supuesto de que dicha estipulación hubiera impuesto al consumidor el abono de determinados importes, la tacha de abusividad comportará la restitución de las cantidades indebidamente abonadas por el prestatario. Además, el TJUE, reiterando lo ya expuesto en previas resoluciones, señala que, tanto en la declaración del carácter abusivo de la estipulación como en la subsanación del desequilibrio contractual que la misma genera en perjuicio del consumidor; el juez nacional debe proceder de oficio, lo que implica que si la cláusula abusiva ha supuesto para el consumidor el desembolso de determinados importes por conceptos cuyo abono no le incumbían, el juez nacional deberá reparar el apuntado desequilibrio, acordando con tal propósito la devolución de los costes improcedentemente atribuidos y abonados indebidamente por el prestatario.

Sentado el principio universal de los efectos de la declaración de nulidad de una condición general contenido en el tantas veces mencionado artículo 1303 del Código Civil –restitución recíproca de prestaciones-, y no obstante la claridad con la que se manifiesta el Tribunal de Luxemburgo en su Sentencia de 21 de diciembre de 2016, nuestros tribunales no mantienen un criterio unánime en orden a la concreción de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos por abusiva.

Ciertamente, la declaración del TJUE, contenida en la considerada resolución, impone la revisión de los pronunciamientos discrepantes ofrecidos por nuestros tribunales que, en mi opinión, a partir de la considerada STJUE no pueden sino acordar la íntegra restitución de las cantidades indebidamente abonadas por el consumidor con fundamento en la cláusula que se ha declarado nula por abusiva.

---

71 Es el supuesto de hecho resuelto por la SJPI nº I de Benidorm, nº 174/2017, de 5 de junio (recaída en los autos del JO 230/2017), en la que el préstamo objeto de debate fue suscrito por un plazo de 35 años y resultó cancelado anticipadamente en fecha 24 de agosto de 2009, considerando por ello la entidad bancaria demandada que se trataba de un contrato que ya había desplegado todos sus efectos, y que por tal circunstancia, se encontraba consumado y extinguido, motivo por el cual la parte actora no podía pretender la nulidad de parte de su clausulado y la restitución de las sumas que se reclamaban en el escrito de demanda. La sentencia de instancia considera que la acción ejercitada no ha prescrito por lo que se admite la demanda con íntegra estimación de las pretensiones de la demandante.

72 Asuntos acumulados C-154/2015, C-307/2015 y C-308/2015, que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Mercantil nº I de Granada (C-154/15), mediante auto de 25 de marzo de 2015, recibido en el Tribunal de Justicia el 1 de abril de 2015, así como por la Audiencia Provincial de Alicante (C-307/15 y C-308/15), mediante autos de 15 de junio de 2015, recibidos en el Tribunal de Justicia el 1 de julio de 2015.

En todo caso, las resoluciones ya dictadas por nuestros órganos judiciales admiten su agrupación en atención a las posiciones defendidas que pueden resumirse en las dos siguientes.

1º. Resoluciones que acuerdan la nulidad por abusiva de la cláusula de gastos y su consiguiente expulsión del contrato con la determinación de los costes que incumben a cada parte de conformidad con la normativa aplicable y, obviamente, también con la interpretación que de la misma realiza el propio órgano judicial, anudando en todo caso el efecto restitutorio de aquellos importes relativos a gastos que, declarados nulos, no implican un abono imputable al prestatario. En estos casos, los tribunales acuerdan la nulidad de la cláusula de gastos y su eliminación del clausulado contractual pero, si bien consideran procedente en abstracto la restitución íntegra de las prestaciones como efecto ineludible de la previsión que se contiene en el artículo 1303 del Código Civil, no todos imponen la restitución indiscriminada de las cantidades abonadas por el prestatario sino que, a los efectos de concretar su alcance, diferencian entre aquéllos gastos que al mismo le incumben y los que no, y en tal diferenciación entra en juego el propio criterio interpretativo del tribunal sentenciador al tiempo de aplicar la normativa vigente. Se trata de la posición jurisprudencial más extendida<sup>73</sup>.

2º. Resoluciones que declaran la abusividad de la cláusula de gastos sin acordar la consiguiente condena de la entidad prestamista a la restitución de los gastos abonados indebidamente por el prestatario, por no haberse interesado expresamente en la demanda su reintegro o por otros motivos<sup>74</sup>.

En mi opinión, resulta palmario pues que, declarada la nulidad de la cláusula de gastos, por aplicación de la previsión contenida en el artículo 1303 del Código Civil debe acordarse como necesaria la restitución recíproca de prestaciones que, en el caso concreto, supondrá la devolución al prestatario de los importes abonados por costes que no le incumbían.

73 Cfr. SAP de Valencia, Sección 9ª, n° 405/2015, de 25 de noviembre, recurso núm. (RO): SAPV 4601/2015-ECLI: ES: APV: 2015: 4601. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Seller Roca de Togores). En el mismo sentido se manifiesta la SAP de Valencia, Sección 9ª, n° 659/2016, de 11 de mayo, recurso núm. 1416/2015 (RO): SAPV 2770/2016-ECLI: ES: APV: 2016: 2770. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Seller Roca de Togores). Asimismo acuerda la restitución de las cantidades que según el juzgador constan indebidamente abonadas la SJPI n° 1 de Valencia, de 24 de mayo de 2017 (recaída en los autos del JO n° 247/2017) y también la SJPI n° 4 de Alcorcón (recaída en los autos del JO n° 142/2017). Participando del mismo criterio, por cuya virtud la declaración de nulidad de una cláusula conlleva la íntegra restitución de las cantidades indebidamente abonada, se manifiesta la SJPI n° 12 bis de Zaragoza, de 21 de julio de 2017 (recaída en los autos del JO n° 5098/2017) y la SAP de Madrid, Sección 11ª, n° 429/2016, de 30 de septiembre, recurso núm. 84/2016 (RO): SAP M 12968/2016-ECLI: ES: APM: 2016: 12968. Ponente: Ilmo. Sr. D. Cesáreo Francisco Duro Ventura).

74 En este sentido se manifiesta la SAP de Huelva, Sección 2ª, n° 103/2016, de 24 de febrero, recurso núm. 45/2016 (RO): SAP H 127/2016-ECLI: ES: APH: 2016: 127. Ponente: Ilmo. Sr. D. Andrés Bodega de Val) y también la SAP de Barcelona, Sección 15ª, n° 156/2016, de 30 de junio, recurso núm. 300/2015 (RO): SAP B 6124/2016-ECLI: ES: APB: 2016: 6124. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Francisco Garnica Martín).



## IV. BIBLIOGRAFÍA

AGÜERO ORTÍZ, A.: “Efectos y alcance de la nulidad de las cláusulas de gastos en préstamos hipotecarios con consumidores. Especial referencia al IAJD y los gastos de tasación”, en *Revista doctrinal Aranzadi civil-mercantil*, nº 2/2017, pp. 9-20.

ÁLVAREZ BARBEITO, P. y MAMBRILLA LORENZO, B.: “Declaración de nulidad de las cláusulas de gastos en préstamos hipotecarios. Implicaciones respecto del impuesto sobre actos jurídicos documentados”, *Análisis GA&P*, febrero de 2017, en 10 págs.

BUSTO LAGO, J.M., ÁLVAREZ LATA, N., y PEÑA LÓPEZ, F.: “Gastos e impuestos repercutibles al consumidor”, *Reclamaciones de consumo*, Aranzadi, S.A.U, noviembre de 2010.

CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., GONZÁLEZ CARRASCO, C.: *Derecho de la construcción y la vivienda*, 6ª ed., Dilex, Madrid, 2008.

CARRASCO PERERA, A: *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Pamplona, 2017.

CASERO BARRÓN, R.: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004, Sección 2ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo, rec. nº 158/2002. Sobre la cuota proporcional de la modalidad de actos jurídicos documentados en los documentos notariales. Especial mención de quien es sujeto pasivo en los préstamos hipotecarios”, en *Quincena Fiscal*, núm. 20/2004, pp. 30-49.

CASTILLO MARTÍNEZ, C.C.: “Eficacia de las normas jurídicas (II). Nulidad de los actos contra ley, fraude de ley, exclusión voluntaria de ley aplicable y renuncia de derechos”, en *Introducción al Derecho Civil español* de Enrique Lalaguna Domínguez, Valencia, 1990, pp. 315-339.

- *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

- “El nuevo planteamiento jurisprudencial de los artículos 1473 del CC y 34 de la LH”, en *Diario La Ley*, Ed., Wolters Kluwer, nº 7080, 2008.

DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, Mª A.: *Tratado de la nulidad de los contratos*, Colex, Zaragoza, 2003.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tecnos, Madrid, 2003.

GONZALEZ PACANOWSCA, I.: *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Navarra, 2009.

MAGRO SERVET, V.: "¿Es posible que las entidades bancarias anuden a una póliza de préstamo hipotecaria una póliza de seguro sobre el inmueble de forma preceptiva e inseparable del contrato?", en *El Derecho. Revista de Jurisprudencia*, Madrid, 22 de diciembre de 2011.

MARTÍN FABA, J.M<sup>a</sup>.: "Sobre la fuerza ejecutiva de la escritura pública y el nuevo sistema de expedición de copias: cuestiones surgidas en la jurisprudencia actual", *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 11 de octubre de 2016, en 9 páginas.

MORALEJO IMBERNÓN, N.: *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Pamplona, 1999.

PASCUAU LIAÑO, M.: "La acción de nulidad sí prescribe", Ponencia del autor publicada en Internet, y localizable en la siguiente dirección: <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=288&format=print>, en 15 páginas.

PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Pamplona, 2004.



EL CONTROL DE TRANSPARENCIA EN LAS CLÁUSULAS SUELO  
*THE TRANSPARENCY CONTROL IN FLOOR CLAUSES*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 212-271*



Gonzalo  
MUÑOZ  
RODRIGO

ARTÍCULO RECIBIDO: ?

ARTÍCULO APROBADO: ?

**RESUMEN:** El presente artículo analiza la trayectoria de las cláusulas suelo en los últimos años. Para ello, realiza una revisión doctrinal y jurisprudencial que pretende clarificar los límites del control de transparencia, su configuración jurídica y las consecuencias de su incumplimiento. Asimismo, pone de relieve las diferentes controversias que ha suscitado su puesta en práctica.

**PALABRAS CLAVE:** Control de transparencia, cláusulas suelo, consumidores, cláusulas abusivas, condiciones generales, falta de transparencia, objeto principal, obligación de transparencia, nulidad, desequilibrio subjetivo, buena fe, préstamo hipotecario, interés variable.

**ABSTRACT:** This paper analyses the development of floor clauses in the last years. Thereby, it makes a doctrine and jurisprudence review in order to clarify the limits of the transparency control, its legal configuration and the consequences of its non-fulfillment. Moreover, it sets out the different problems which have appeared from its use.

**KEY WORDS:** Transparency control, floor clauses, consumers, unfair clauses, general conditions, lack of transparency, main object, obligation of transparency, nullity, subjective imbalance, good faith, mortgage loan, variable interest.

**SUMARIO.-** I. INTRODUCCIÓN.- II. ¿QUÉ ES UNA CLÁUSULA SUELO?.- III. PRIMEROS PASOS DE LA CLÁUSULA SUELO ANTES DE LA STS 9 MAYO 2013.- 1. La cláusula suelo en la jurisprudencia.- 2. La cláusula suelo en la doctrina.- 3. El origen del control de transparencia.- IV. LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO POR UN DEFECTO DE TRANSPARENCIA.- 1. La falta de transparencia en la STS 9 mayo 2013.- 2. La conexión entre falta de transparencia y abusividad en las cláusulas suelo.- V. LA OBLIGACIÓN DE TRANSPARENCIA.- 1. Entonces, ¿qué podemos entender por control de transparencia?.- 2. Críticas al control de transparencia.- 3. El control de contenido en las cláusulas relativas al objeto principal del contrato.- 4. El juicio abstracto sobre la transparencia en las cláusulas suelo.- VI. LA IRRETROACTIVIDAD DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUELO.- 1. La limitación temporal ex nunc en la STS 9 mayo 2013.- 2. El cambio de criterio a raíz de la STJUE 21 diciembre 2016.- VII. ASPECTOS PROCESALES CONTROVERTIDOS SOBRE LAS CLÁUSULAS SUELO.- 1. La acción de restitución de los intereses indebidamente cobrados.- 2. Cláusulas suelo y costas procesales.- VIII. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN OTROS ÓRDENES JURISDICCIONALES.- 1. La Administración puede sancionar el uso de cláusulas abusivas sin sentencia previa.- IX. CONCLUSIONES.- X. BIBLIOGRAFÍA.

---

## I. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente estudio versa sobre realizar una revisión doctrinal y jurisprudencial sobre el control de transparencia de las cláusulas suelo. Cuyo principal motivo reside en analizar una parte de una cuestión de gran actualidad e importancia como son las cláusulas abusivas incluidas en los préstamos hipotecarios. No podemos perder de vista la trascendencia que puede llegar a tener cada paso dado en esta materia, al afectar a un pilar tan importante en la economía nacional como es la hipoteca. Es por ello, que los operadores jurídicos, y en especial los jueces, han de ser capaces de integrar todos los intereses en juego, tanto la protección de los consumidores como la seguridad en el mercado hipotecario. Porque una hipoteca insegura pone en riesgo su función y finalidad última de garantizar un crédito.

Así, en primer lugar, he querido clarificar el concepto de “cláusula suelo”, para examinar con mejor criterio su control de transparencia.

De tal forma, en segundo lugar, la presente investigación, se ha centrado en revisar la cláusula suelo en la doctrina científica y la jurisprudencia antes del punto de inflexión que supuso la STS 9 mayo 2013, terminando por repasar el origen del control de transparencia.

### •Gonzalo Muñoz Rodrigo

Graduado en Derecho por la Universitat de València. Becario de Colaboración del Departamento de Derecho civil de dicha Universidad. Colaborador del IDIBE y Miembro del Consejo de Redacción de Actualidad Jurídica Iberoamericana. Actualmente, se encuentra realizando el Máster de Acceso a la Abogacía de la Universitat de València. Correo electrónico: gonnuro@alumni.uv.es

En tercer lugar, este trabajo se ha dirigido a estudiar la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia, con referencia a lo establecido en la STS 9 mayo 2013 y posteriores, señalando la conexión entre la falta de transparencia y abusividad en las cláusulas suelo.

En cuarto lugar, este estudio se ha centrado en definir el "control de transparencia", cuáles han sido sus principales críticas y sus consecuencias.

En quinto lugar, he realizado una revisión jurisprudencial de la limitación temporal de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, con referencia a los efectos *ex nunc* establecidos en la STS 9 mayo 2013 y el reciente cambio de criterio a raíz de la STJUE 21 diciembre 2016.

Y en último lugar, he querido terminar el trabajo poniendo de relieve las últimas controversias procesales que han surgido tras el cambio de criterio jurisprudencial antes referido.

## II. ¿QUÉ ES UNA CLÁUSULA SUELO?

Podemos definir a la cláusula suelo como "determinadas cláusulas limitativas de la variabilidad del interés remuneratorio pactado en contratos de préstamo con garantía hipotecaria"<sup>1</sup>. O como "aquellas que fijaban un tope mínimo de intereses que los clientes de contratos hipotecarios debían pagar. Estas cláusulas por quienes las firmaron impedían a estos beneficiarse de la caída del Euribor, principal índice de referencia para la mayoría de las hipotecas en España"<sup>2</sup>.

En definitiva, las cláusulas suelo se configuran como pactos o estipulaciones que limitan la variación del tipo de interés en contratos de préstamo a interés variable; mediante las cuales a pesar de que el índice de referencia baje, el tipo de interés siempre se mantendrá en un mínimo (tipo de interés = índice de referencia + diferencial, el índice es variable mientras que el diferencial es una cifra fija). Lo que paradójicamente conlleva, como indica la STS 9 mayo 2013<sup>3</sup>, que los préstamos concertados a interés variable que incluían este tipo de cláusulas se conviertan "de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendentemente para el consumidor, en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia".

1 GOMARA HERNÁNDEZ, J. L.: *Cláusulas suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas: soluciones judiciales y extrajudiciales*, col. Claves prácticas, Francis Lefebvre, Madrid, 2017, p. 101.

2 MAGRO SERVET, V.: "Consecuencias de la sentencia del TJUE sobre cláusulas abusivas", *Diario La Ley*, 2017, núm. 8901°, p. 1.

3 STS 9 mayo 2013 (Tol 3671048).

Como apunta Múrtula Lafuente, “en muchos casos ese mínimo coincidía con el Euribor más el diferencial en el momento en que se firmó la hipoteca”<sup>4</sup>. Lo que permitió a muchos bancos asegurarse unos ingresos mínimos independientemente de las inciertas vicisitudes que podían originarse en la economía. De hecho, el propio Banco de España en su informe relativo a las cláusulas suelo que se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 7 de mayo de 2010<sup>5</sup>, ya afirmaba cual era la principal razón que motivó a las entidades de crédito a incluir este tipo de cláusulas: “En las entrevistas con las entidades, se puso de manifiesto que la causa básica del establecimiento de las cláusulas que establecen limitaciones al descenso de los tipos de interés (incluso en muchos de los casos que también incorporan un techo para dicha variación) es mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones”. Asimismo, seguía diciendo que “el reforzamiento de esta política (la de establecer suelos) en 2009 se ha visto influido por el aumento registrado en esos costes a causa, por un lado, de la caída y encarecimiento del mercado mayorista (que llegó a ser importante para nuestras entidades, especialmente por la vía de la emisión de cédulas hipotecarias), y de otro, por la de la reducción del negocio, con lo que ello implica de mayores costes unitarios por unidad de producto, por el mayor peso relativo de los costes fijos procedentes de mantener la misma estructura”.

Es decir, básicamente la causa que llevó a los bancos al establecimiento de acotaciones a los tipos de interés fue, como claramente señala el informe, mantener un rendimiento mínimo de los préstamos hipotecarios, ya que de lo contrario los préstamos hubieran supuesto unos mayores costes para las entidades y, en consecuencia, su oferta hubiera resultado mucho más onerosa. Si bien, también señalan como razón de su inclusión que “el principal interés de los prestatarios en el momento de contratar un préstamo hipotecario se centra en la cuota inicial a pagar, y por ello, como estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas, no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios”.

Por último, un ejemplo de cláusula suelo puede ser el siguiente: “En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al 2,250%, este valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará “el tipo de interés vigente” en el “período de interés”. Igualmente, el tipo aplicable al devengo de intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 15% nominal anual”<sup>6</sup> (en este caso también se incluye una

4 MÚRTULA LAFUENTE, V.: *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, col. Derecho del Consumo, Reus, Madrid, 2012, p. 214.

5 BOCG, I, 7 de mayo de 2010, n. 457.

6 MÚRTULA LAFUENTE, V.: *La protección*, cit., p. 214.



cláusula techo). Sin embargo, la redacción de las cláusulas suelo ha ido variando con el tiempo y no siempre ha sido la misma (algunas veces se fijaba directamente el tipo de interés mínimo, y otras, el tope mínimo del índice de referencia), llegando incluso a establecerse cláusulas que por su apariencia no son tan similares a las cláusulas suelo tradicionales, pero que prácticamente conducen a su mismo resultado. Como es el caso de una sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 5 de L'Hospitalet de Llobregat que ha declarado abusiva una cláusula "por analogía", al aplicar la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre cláusulas suelo, debido a que tenía unas condiciones muy parecidas a las presentes en éstas. La cláusula declarada nula tenía el siguiente tenor: "Si la cuota calculada después de cada revisión de tipo fuese inferior a la cuota resultante de la revisión anterior, se aplicará esta última"<sup>7</sup>.

### III. PRIMEROS PASOS DE LA CLÁUSULA SUELO ANTES DE LA STS 9 MAYO 2013

#### I. La cláusula suelo en la jurisprudencia

Si bien las andanzas judiciales de las cláusulas suelo comenzaron antes de la archiconocida STS de 9 mayo 2013, es con esta resolución cuando se marca un antes y un después.

Anteriormente, en sentencias tales como la del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Sevilla, 30 septiembre 2010, así como la del Juzgado de lo Mercantil nº1 de León, 11 marzo 2011<sup>8</sup>, que fueron dictadas tras las correspondientes acciones de cesación interpuestas por AUSBANC, se consideró, por vez primera, a las cláusulas suelo como abusivas. Las razones que dieron los jueces fueron básicamente que las susodichas estipulaciones eran abusivas por desequilibrio, es decir, determinaron que la desproporción del techo comparado con el suelo era tal que se rompía la reciprocidad de las mismas. Algo criticable porque suponía que los jueces entraran a hacer balances macroeconómicos sobre si era previsible o no que los tipos llegaran a subir tanto que la cláusula techo verdaderamente fuese a servir a modo de seguro para los consumidores<sup>9</sup>. Sin embargo, la principal crítica que ahora mismo haríamos a la sentencia sería que aplicó directamente el control de contenido sobre la cláusula, sin tener en cuenta, como luego veremos, que la cláusula suelo es definitoria del objeto principal del contrato, saltándose, a todas luces, el art. 4.2 de la Directiva 93/13<sup>10</sup>, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. No hemos de olvidar que la falta de transposición expresa al ordenamiento español

7 SJPI, nº5 L'Hospitalet de Llobregat, 3 febrero 2017, (ToI 5965709).

8 SJMerc, nº2 Sevilla, 30 septiembre 2010 (AC 2010, 1550) y SJMerc, nº1 León, 11 marzo 2011 (AC 2011, 179).

9 MÚRTULA LAFUENTE, V.: *La protección*, cit., p. 217.

10 Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores.

de una Directiva no impide su aplicación. De hecho, el TJUE ha declarado que ante la falta de transposición de una Directiva, las normas nacionales se han de interpretar conforme a lo establecido en dicha Directiva.<sup>11</sup>

Otras, en cambio, como la SJMerc, n°1 Burgos, 11 mayo 2011 y la SJMerc, n°2 Alicante, 23 junio 2011<sup>12</sup>, consideraron en resumidas cuentas que una persona cuando firma un contrato debe saber lo que está contratando<sup>13</sup>. Así, la primera, en la cual la demandante era una mercantil, afirma que “la actora sabía perfectamente lo que quería [...] de manera que una vez conocida la oferta la aceptó por lo que [...] el requisito del consentimiento configurado por el artículo 1.261 del CC, como elemento integrador del contrato no se encuentra alterado ni condicionado en forma alguna por lo que difícilmente cabe hablar de cláusulas impuestas puesto que el núcleo del consentimiento estaba nítidamente perfilado antes de aceptarlo”<sup>14</sup>. Más adelante veremos que aunque una cláusula predispuesta esté consentida eso no quita que el ordenamiento jurídico las someta al doble control de transparencia, además, el hecho de que el consentimiento se proyecte sobre una cláusula impuesta no le hace perder tal carácter.

## 2. La cláusula suelo en la doctrina

En cuanto a la opinión de los autores, la doctrina no era unánime, algunos como Alfaro Águila-Real y González Carrasco se posicionaban en contra de considerar que una cláusula suelo pudiera ser abusiva por falta de proporcionalidad. Entre ellos también estaba Pertíñez Vílchez quien, a su vez, desde 2004 ya había apuntado que la falta de transparencia podía fundamentar la abusividad de una cláusula<sup>15</sup>. Otros, como Múrtula Lafuente pensaban que las cláusulas suelo no debían reconducirse a la falta de transparencia, esta autora consideraba que las cláusulas suelo podían resultar abusivas en determinados casos pero la transparencia no era una forma de control adecuada, ya que argumentaba que “éste [el prestatario] ha tenido la oportunidad de conocer su existencia antes y durante la celebración del contrato de préstamo”. De este modo, planteaba que, teniendo en cuenta que la bajada del Euribor era una circunstancia sobrevenida en relación con el momento en el cual se firmaron los contratos de préstamo, esta cláusula debería revisarse “conforme a los criterios de buena fe objetiva (art. 82.1 TRLGDCU y 1.258 CC) o simplemente por aplicación de la llamada cláusula *rebus sic standibus*, que tanto la doctrina como la jurisprudencia

11 STJUE 27 junio 2000 (Asuntos C-240-244/98, Océano Grupo Editorial v. Murciano Quintero) (Tol 105647).

12 SJMerc, n°1 Burgos, 11 mayo 2011 (JUR 2011, 183765) y la SJMerc, n°2 Alicante, 23 junio 2011 (JUR 2011, 236038).

13 MÚRTULA LAFUENTE, V.: *La protección*, cit., p. 218.

14 *Ibid.*, p. 218.

15 PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Navarra, 2004, pp. 109-153.

del TS han basado en una modificación sobrevenida de las circunstancias de contrato, de carácter imprevisible al tiempo de su celebración".<sup>16</sup>

### 3. El origen del control de transparencia

Considero conveniente antes de comenzar a perfilar que es el control de transparencia tener presente la primera sentencia que vino a esbozarlo y fue el "germen de su reconocimiento"<sup>17</sup>, pero referido a una cláusula de intereses remuneratorios en un contrato de préstamo hipotecario. Se trata de la STS 18 junio 2012<sup>18</sup>, aunque con anterioridad a ella otras sentencias ya se valieron del control de transparencia para declarar nulas determinadas cláusulas, si bien con poca claridad por la confusión que parece que produjo la STJUE 3 junio 2010<sup>19</sup>. La peculiaridad de la STS 18 junio 2012 fue que configuró un control de transparencia aplicable a cualquier adherente, ya fuera profesional, ya fuera consumidor; y lo hizo al residenciar el control de transparencia en el ámbito de la LCGC<sup>20</sup>.

La sentencia señala que el control de inclusión y el control de transparencia, a diferencia del control de abusividad, se pueden proyectar por indicativo del art. 4.2 Directiva 93/13 en los elementos esenciales del contrato. Dando lugar a un parámetro abstracto de validez de las cláusulas predispuestas, en la medida que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez la carga económica que implica para él el contrato celebrado y, a su vez, la contraprestación que va a recibir<sup>21</sup>. Si la cláusula, por todo lo expuesto, no se ajusta a los criterios de "transparencia, claridad, concreción y sencillez" y resulta no transparente, esto supondría la nulidad de la cláusula. Además, si afecta al consentimiento, al objeto o a la causa del contrato conllevaría la ineficacia del mismo, con la respectiva restitución de las recíprocas prestaciones<sup>22</sup>.

La importancia de este pronunciamiento también se encuentra en que vino a posicionarse sobre la cuestión abierta entorno a la aplicabilidad del art. 4.2 de la Directiva 93/13, afirmando su plena vigencia, y al mismo tiempo apartándose

16 Múrtula Lafuente, V.: *La protección*, cit., p. 222.

17 CASADO NAVARRO, A.: "El control de transparencia como "llave" del control de contenido de las cláusulas contractuales predispuestas", *LA LEY mercantil*, 2015, núm. 11°, p. 3; en iguales términos se pronuncia SÁNCHEZ MARTÍN, C.: "El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas. Su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria", *Diario La Ley*, 2013, núm. 8112°, p. 2.

18 STS 18 junio 2012 (Tol 2652597).

19 CÁMARA LAPUENTE, S.: "El control de cláusulas abusivas sobre el precio: De la STJUE 3 junio 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, núm. 6°, pp. 107 y ss.

20 PLAZA PENADÉS, J.: "Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo", *Diario la Ley*, 2013, núm. 8112°, p. 4.

21 SÁNCHEZ MARTÍN, C.: "El control", cit., p. 2.

22 PLAZA PENADÉS, J.: "Delimitación", cit., p. 4.

de lo establecido por la STJUE 3 junio 2010<sup>23</sup>. Al afirmar que no es posible en nuestro sistema realizar “un control de precios, ni de equilibrio de las prestaciones propiamente dicho”, en contra de la sentencia del TJUE que fue más allá de sus facultades, al decir que este artículo no se opone a una normativa nacional que autorice un control judicial sobre la abusividad de las cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato<sup>24</sup>.

Lo sentado por la STS 18 junio 2012 fue confirmado por la STS 9 mayo 2013, y con ello se vinieron a zanjar las vacilaciones que se habían producido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde la famosa STJUE 3 junio 2010, sobre la aplicabilidad del art. 4.2 de la Directiva 93/13<sup>25</sup>. Así, se estableció que por lo dispuesto en dicho precepto comunitario “como regla general, no es susceptible de control [de contenido]” una cláusula definitoria del objeto principal. Asimismo, sigue diciendo la STS 9 mayo 2013 que “sin embargo, que una condición general defina el objeto principal del contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia”.

## IV. LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO POR FALTA DE TRANSPARENCIA

### I. La falta de transparencia en la STS 9 mayo 2013

Así pues, llegamos a la STS 9 de mayo 2013, sentencia que resolvió una acción colectiva de cesación y declaró nulas todas las cláusulas suelo incluidas en miles de préstamos hipotecarios que habían sido suscritos con las entidades BBVA, Nova Caixa Galicia y Cajamar. Como he señalado antes, esta sentencia supuso un cambio radical a como se habían comportado los Tribunales con la cláusula suelo, considerando la interpretación que realiza el Supremo del art. 4.2 de la Directiva 93/13 y como conecta la falta de transparencia de la cláusula con la abusividad<sup>26</sup>.

En lo que nos atañe en este estudio, el Tribunal Supremo comienza su análisis sobre las cláusulas suelo desmarcándose de los argumentos esgrimidos por la sentencia recurrida de la Audiencia Provincial de Sevilla<sup>27</sup>. En primer lugar, concluye que las antedichas son condiciones generales de la contratación a diferencia

23 STJUE 3 junio 2010 (Asunto C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid v. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios) (ERC I-4785).

24 CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., pp. 2-3.

25 CÁMARA LAPUENTE, S.: “El control”, cit., p. 104.

26 Algunos autores, en sus trabajos aquí citados, coinciden en que el Supremo viene a vincular el control de transparencia con el control de abusividad de la cláusula, como PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 92; CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., p. 5; DE TORRES PEREA, J. M.: “Nulidad de cláusula suelo por falta de transparencia fundada en una insuficiente información del cliente bancario. En especial, sobre la idoneidad de su impugnación mediante el ejercicio de la acción de cesación”, *Revista Jurídica Valenciana*, 2014, núm. 2°, p. 30.

27 SAP Sevilla, Secc. 5ª, 7 octubre 2011 (Tol 2257901).

de lo que mantenía la sentencia recurrida, la cual apuntaba que no podían considerarse condiciones generales de la contratación “porque versan sobre los elementos esenciales del contrato y porque, precisamente por ello el consumidor necesariamente las conoce y las acepta libre y voluntariamente”. Así, el TS repasa los requisitos que deben tener las condiciones generales según el art. 1 LCGC y nos pone de relieve que las condiciones generales de la contratación deben caracterizarse por ser contractuales, predispuestas, impuestas y, por último, que haya generalidad en su utilización (requisitos que cumplían las cláusulas suelo). Por lo cual, resulta irrelevante la concurrencia de otros elementos como su apariencia externa, la autoría, que el adherente sea un profesional o consumidor, e incluso que se hayan cumplido los deberes de información exigidos por la regulación sectorial o que se refiera al objeto principal del contrato en el que están insertadas. De hecho, como acertadamente dice el Supremo: “En nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal y, de hecho, para el empresario probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de este”.

Una vez que deja claro su carácter de condición general de la contratación, aborda la cuestión de si la cláusula suelo afecta a un “elemento esencial” del contrato de préstamo y si por referirse al objeto principal del contrato está excluido el control de abusividad sobre la misma. Primero, la sentencia indica que en la referida Directiva el art. 4.2 dispone que “la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida”. Pero claro, no define que debemos entender por “cláusulas que definan el objeto principal del contrato”. En consecuencia, el Supremo se acoge a la postura doctrinal que defiende que para averiguar si una cláusula es definitoria del objeto principal hay que fijarse si se refiere al “precio” en un contrato oneroso. Por tanto, considera que “las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato”.

Luego, despejado que son cláusulas definitorias del objeto principal del contrato, expone que la mera circunstancia de serlo no impide de forma total apreciar si la cláusula es abusiva. A saber, a pesar de que de la literalidad de la Directiva no cabe declarar abusiva una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, esto no supone que no se las pueda someter al doble control de transparencia (ya que debemos tener presente la excepción que introduce el art. 4.2 “siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”). Además, el Alto Tribunal añade que la jurisprudencia del TJUE ha interpretado que la Directiva no se opone a que los Estados miembros autoricen, mediante normativa nacional, la posibilidad de controlar el carácter abusivo de las cláusulas definitorias del objeto principal del

contrato, aun cuando sean claras y comprensibles, aumentando en consecuencia el nivel de protección a los consumidores.

Seguidamente, en la sentencia los magistrados comienzan a delimitar que es el doble control de transparencia. Para empezar, el primer control al que se deben someter las cláusulas suelo es el conocido control de inclusión. El control de inclusión, en virtud de lo dispuesto por los artículos 5 y 7 LCGC, supone que las cláusulas deben ajustarse a los criterios de accesibilidad, cognoscibilidad y redacción clara, concreta y sencilla. En definitiva, se trata de un control formal y documental que consiste, por ejemplo, en los contratos por escrito, en que al adherente se le haya informado de forma expresa de la existencia de condiciones generales en los contratos, que el predisponente le facilite un ejemplar de las mismas previamente a la celebración del contrato, es decir, se exige una entrega material de las condiciones, y que sean firmadas por el consumidor. Asimismo, en términos de redacción, las condiciones han de poder ser legibles y lo suficientemente claras para que una persona media sea capaz de comprender su contenido. No pudiendo ser oscuras, ambiguas o semánticamente incomprensibles.

Pues bien, la sentencia concluye que las condiciones generales sobre tipos de interés analizadas de forma aislada cubren las exigencias que impone la Ley de Condiciones Generales de la Contratación para su inclusión en el contrato. Ya que la regulación contenida en la OM de 5 de mayo de 1994 “garantiza de forma razonable la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor<sup>28</sup>”.

En consecuencia, superado el control de inclusión hay que comprobar si superan el control de transparencia (segundo filtro, dentro del doble control de transparencia) que sería solamente aplicable a los contratos con consumidores. De este modo, recordamos otra vez lo dispuesto en la Directiva 93/13, que en su vigésimo considerando señala que “los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas [...]” y el artículo 4.2 determina que “la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensibles”.

Es en este momento, cuando el TS ubica en el art. 80.1 TRLCU el segundo control de transparencia, que va más allá del primer control de transparencia denominado

---

28 Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de préstamos hipotecarios.

control de inclusión<sup>29</sup>. El Supremo afirma que habida cuenta de lo dispuesto en el art. 80.I TRLCU (“en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido”), el control de transparencia, además del control de inclusión, cuando se refiere a los elementos esenciales del contrato supone que “el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo”. Dicho en otras palabras, el segundo control de transparencia, al que podemos llamar de comprensibilidad real, exige que la cláusula suelo permita al consumidor saber que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato y conocer la posición jurídica y económica en la cual se encuentra como parte del mismo. En fin, entender concretamente qué está contratando y cómo influirá esa cláusula en la economía del contrato para poder tomar una decisión acorde a sus intereses. Sánchez Martín<sup>30</sup>, hablaba de un “control de abusividad abstracto” que exige que “la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato”.

Expuesto todo lo anterior, el Supremo sienta que en las cláusulas no negociadas incluidas en contratos con consumidores que se refieran al objeto principal del contrato, la superación del control de inclusión (primer control de transparencia) es insuficiente para poder evitar el control de abusividad. Por lo cual, para evitar el control de contenido es necesario superar el segundo control de transparencia también llamado control de comprensibilidad real.

Entonces, la pregunta es: ¿Las cláusulas suelo superan el control de comprensibilidad real?, ¿En el contexto en el cual se introducen se permite conocer su transcendencia? Lo que viene a decir el Tribunal Supremo, y esto ya lo he recalcado en la definición de las sobredichas cláusulas, es que: “Las cláusulas examinadas, pese a incluirse

29 Otros autores a los que voy a hacer referencia en el siguiente epígrafe opinaron en su momento de forma distinta. De hecho, SÁNCHEZ MARTÍN, C.: “El control”, cit., p. 5; dice que “será necesario precisar si este control de transparencia tiene su verdadero fundamento en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación [...], o si por el contrario, como parece deducirse de la Sentencia dictada por el Pleno el 9 de mayo, se trataría de un control limitado a los contratos con consumidores”.

30 SÁNCHEZ MARTÍN, C.: “El control”, cit., p. 4.

en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor; los convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia". Es decir, la oferta del préstamo a interés variable unido a que no se informaba adecuadamente a los consumidores propiciaba que la atención de los prestatarios no se centrara en lo que verdaderamente importaba, ya que el diferencial, aun cuando preocupaba a los consumidores en el momento de contratar el préstamo, carecería de trascendencia en el desarrollo futuro del contrato. Esto es, los bancos daban un "carácter inapropiadamente secundario" a una cláusula que define el objeto principal de contrato. Por tanto, el Supremo establece que las cláusulas suelo no superan el segundo control de transparencia, exactamente por:

"a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.

c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor:"

En ese sentido, Plaza Penadés señala que lo que llevó al Supremo a concluir que se había incumplido el deber de transparencia fue un "dato objetivo", "la falta de información previa, clara y comprensible, lo que impidió la correcta prestación de un consentimiento informado y de una correcta comprensión de la posición contractual y del alcance que, en este caso, una cláusula suelo tiene en un préstamo de interés variable"<sup>31</sup>.

Finalmente, el Alto Tribunal pone de relieve que las cláusulas suelo no son *per se* abusivas, ya que "la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor".

31 PLAZA PENADES, J.: "Delimitación", cit., p. 7.



En este sentido, entiendo que habrá que analizar si las cláusulas, una vez declaradas no transparentes, son abusivas por causar a los consumidores un desequilibrio en su perjuicio<sup>32</sup>. De todas formas, en este punto parece que el Supremo incurrió en un contrasentido, porque, por un lado, afirmó que las cláusulas suelo no son *per se* abusivas, ya que la falta de transparencia no implicaría necesariamente que sean desequilibradas, pero, por otro lado, declaró todas las cláusulas suelo no transparentes y al mismo tiempo abusivas. Esto se debe a que por las propias características de las cláusulas suelo, la falta de transparencia lleva aparejada un perjuicio para el consumidor. De hecho, en la casuística posterior no hay ni un solo caso de cláusula suelo que haya sido declarada no transparente y luego no abusiva<sup>33</sup>. Como viene a decir la reciente STS 25 mayo 2017<sup>34</sup> “cualquier cláusula suelo que no pase el control de transparencia” origina, “en principio” un perjuicio al consumidor; porque todas las que se han judicializado y van a judicializarse no son inocuas para el adherente pues son aplicadas por la entidad de crédito e influyen en la determinación del importe de los plazos<sup>35</sup>.

Pues bien, el Supremo concluye que las cláusulas suelo analizadas son abusivas, habida cuenta que su falta de transparencia impide al consumidor percatarse que solo protegen al empresario de los riesgos que podrían derivarse de una eventual bajada de los tipos. Siendo en consecuencia desequilibradas al favorecer solamente a una parte (la entidad crediticia), mientras que el consumidor se ve perjudicado al no beneficiarse de la posible bajada de los tipos. Así, dicho en otras palabras, las cláusulas suelo en litigio se consideran abusivas porque su falta de transparencia no permite al consumidor apreciar cual es la posición en la que dichas estipulaciones le colocan en el contrato, es decir, el consumidor no es capaz de darse cuenta del “real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos” que solo vienen a asegurar los intereses del predisponente y no los del consumidor.

## 2. La conexión entre falta de transparencia y abusividad en las cláusulas suelo

Lo primero que destacaría de la STS 9 mayo 2013 respecto de los pronunciamientos anteriores sería el lugar en el cual reside el control de transparencia. Así como, el ámbito subjetivo en el cual lo ubica, contratos con consumidores<sup>36</sup>.

32 *Ibid.*, p. 7. El profesor Plaza opina todo lo contrario, que si bien el Supremo siguió con la valoración sobre abusividad de la cláusula, de la sentencia se desprende que resulta irrelevante entrar en dicho análisis, porque cuando no se superan el control de inclusión y el de transparencia ya tiene la consideración de cláusula abusiva.

33 Como también advierte Martín FABA, J.M.: “Dos hitos en materia de cláusula suelo: La falta de transparencia comporta su abusividad, y que el banco deba satisfacer los intereses legales desde que se hicieron cada uno de los pagos indebidos”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2017, núm. 22º, p. 186.

34 STS 25 mayo 2017 (Tol 6124163).

35 MARTÍN FABA, J.M.: “Dos hitos”, *cit.*, p. 186.

36 PLAZA PENADES, J.: “Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la “irretroactividad” de las cláusulas suelo”, *Diario La Ley*, 2015, núm. 8547º, p. 4.

Por un lado, la STS 18 junio 2012 establecía el control de transparencia en los requisitos formales impuestos por la LCGC; dando lugar a lo que podríamos llamar un control de inclusión cualificado cuando la cláusula analizada se refiere a los elementos básicos o esenciales del contrato<sup>37</sup>. Así, “tiene por objeto que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en conjunto el contrato supone para él y, a su vez, la prestación económica que va a obtener de la otra parte”; para poder dar, según palabras del profesor Plaza Penadés<sup>38</sup>, un “consentimiento informado”. Del mismo modo, al circunscribir el control de transparencia en la LCGC extendía su ámbito de aplicación tanto a contratos con consumidores como a contratos celebrados con empresarios o profesionales.

Por otro lado, la STS 9 mayo 2013 dio un paso más allá, ya que residenciaba el control de transparencia en el art. 80.I TRLGDCU, limitando, en consecuencia, la aplicación del control de transparencia a los contratos con consumidores<sup>39</sup>. A su vez, con evidente falta de perspicuidad distinguía la falta de transparencia de la abusividad, en el sentido de afirmar que la falta de transparencia no implicaba necesariamente la nulidad de la cláusula suelo por abusiva. Esto suponía que la nulidad de las cláusulas suelo no debía derivarse si estas únicamente adolecían de falta de transparencia, como si el control de transparencia funcionase a la semejanza de un control autónomo, sino que al mismo tiempo debían ser abusivas por causar un perjuicio al consumidor consistente en el desequilibrio que se produce en la distribución de los riesgos de la variabilidad de los tipos (el perjuicio según la STS 9 mayo 2013, el cual ha cambiado en las sentencias posteriores). Asimismo, la sentencia reformulaba de manera más precisa el control de transparencia, al hablar ya de un control de comprensibilidad real como segunda parte, tras superar el control de inclusión, del doble control de transparencia. Pero, no vinculado al control de inclusión o incorporación, sino vinculado al control de contenido.<sup>40</sup> Que exige no una mera puesta a disposición de las cláusulas y su legibilidad, sino además que el adherente conociera o pudiera conocer la trascendencia de la cláusula en el contrato (es decir, tanto la carga económica como la posición jurídica que implica). El profesor Plaza Penadés, reconoce que la STJUE 26 febrero 2015<sup>41</sup> delimita el “moderno control de transparencia”, el cual ya no tiene que ver con la mera inteligibilidad o cognoscibilidad de las cláusulas sino que “el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas de aquellas cláusulas que, de acuerdo con

37 CÁMARA LAPUENTE, S.: “El control”, cit., p. 106.

38 PLAZA PENADÉS, J.: “Delimitación”, cit., p. 9.

39 Algún autor como CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., p. 7, entiende que la STS de 2013 establece el fundamento normativo de este control en el art. 80.I TRLGDCU. No obstante, otro como PLAZA PENADÉS, J.: “Del moderno”, cit., p. 7, sigue considerando que su base legal se encuentra en el art. 5.5 LCGC, por mor del vigésimo considerando de la Directiva, aunque lo reconozcan también en el art. 80.I TRLGDCU, ya vinculado a los contratos con consumidores.

40 CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., p. 5, el punto 8 de la STS de 8 de septiembre de 2014 confirma el control de transparencia “como parte integrante del control de abusividad”.

41 STJUE 26 febrero 2015 (Asunto C-143/13 Matei vs Volksbank România) (Tol 4732770).

el producto o servicio ofertado, afecten a las prestaciones o elementos básicos del contrato en orden a la comprensibilidad, tanto de la carga económica que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume el consumidor en los aspectos básicos que se deriven del objeto y ejecución del mismo"<sup>42</sup>.

Desde mi punto de vista, lo que quería dejar claro la STS 9 mayo 2013 es lo siguiente: cuando el art. 4.2 de la Directiva 93/13 bloquea el control de contenido a las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, no lo hace de manera absoluta, ya que si estas no son transparentes se "abre la veda" para que, mediante un juicio sobre la "abusividad"<sup>43</sup>, se pueda verificar si son abusivas o no; y así, si lo son determinar su ineficacia. Sin embargo, como muy bien apunta Pertíñez Vélchez<sup>44</sup>, la STS 9 mayo 2013 conecta la falta de transparencia con la abusividad de forma "técnicamente defectuosa", por una sencilla razón. La referida Sentencia al incardinar el segundo control de transparencia (comprensibilidad real) en el art. 80.1 TRLGDCU (esto es, el cumplimiento de requisitos de: "a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa... y b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido."), en lugar de hacerlo en el art. 82 TRLGDCU, sigue basando el carácter abusivo de las cláusulas suelo en el incumplimiento de deberes formales que son prácticamente idénticos a los que recoge el art. 5 de la LCGC<sup>45</sup>. Por tanto, son luego sentencias como las SSTS 24 de marzo 2015<sup>46</sup> y 29 abril 2015<sup>47</sup>, las que con mayor precisión se han apoyado en el art. 82 TRLGDCU para conectar la falta de transparencia de las cláusulas suelo con la abusividad, a las que más adelante haré referencia. De hecho, digo que "conectan" ya que en estas sentencias, según apunta determinada doctrina, parece que el Supremo realiza un viraje respecto lo dicho en la STS 9 mayo 2013 y vincula ya directamente la falta de transparencia con la abusividad de las cláusulas suelo<sup>48</sup>. Es decir, una cláusula suelo no transparente es necesariamente abusiva, debido a que priva al consumidor de poder elegir entre las diferentes ofertas del mercado.

En línea con lo anterior, Casado Navarro<sup>49</sup> dice que mientras los controles de contenido e incorporación son auténticos controles que tienen por misión fiscalizar la legalidad de las condiciones generales de la contratación. El control de

42 PLAZA PENADES, J.: "Del moderno", cit., p. 5.

43 Juicio sobre la "abusividad" de la cláusula al que hace referencia en numerosas ocasiones en su reciente libro PERTÍÑEZ VÉLCHEZ, F.: *La nulidad*, cit.

44 *Ibid.*, p. 92.

45 CASADO NAVARRO, A.: "El control", cit., p. 7-8, coincide en que situarlo en el art. 80.1 TRLGDCU es un error.

46 STS 24 marzo 2015 (Tol 4828170).

47 STS 29 abril 2015 (Tol 5090715).

48 ÁLVAREZ OLALLA, M.P.: "Última jurisprudencia en materia de cláusulas suelo", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2017, núm. 5º, pp. 12-13.

49 CASADO NAVARRO, A.: "El control", cit., p. 5.

transparencia no sería un verdadero control sino más bien un “control menor” o “parámetro” que habilita, en caso de su no superación, a enjuiciar la abusividad de una cláusula referida al objeto principal del contrato. No va desencaminado este autor, porque el propio Pertíñez Vílchez, también nos recuerda que el TJUE en la STJUE 30 abril 2014<sup>50</sup>, sentó que el art. 4.2 de la Directiva 13/93 tiene únicamente por objeto “establecer las modalidades y alcance del control de dichas cláusulas”<sup>51</sup>.

En contra de esta tesis, que considera que: “la falta de transparencia no ha de ser en sí misma suficiente para determinar la ineficacia de una cláusula relativa al precio o al objeto del contrato, sino sólo cuando la misma es instrumental a un desequilibrio material para el consumidor, consistente en la alteración subrepticia del acuerdo que sobre los elementos esenciales del contrato creía haber alcanzado, lo que reclama un juicio sobre la “abusividad” de la cláusula y no sólo sobre el cumplimiento de unos requisitos formales”<sup>52</sup>; se postulan otros autores. De esta manera, un sector de la doctrina representado por catedráticos como Cámara Lapuente y Plaza Penadés, mantienen una postura distinta sobre el control de transparencia<sup>53</sup>. El primero afirma que este segundo filtro se ha de posicionar dentro del llamado control de inclusión, dando lugar a una especie de control de incorporación especial, más exigente, que sería aplicable cuando las cláusulas analizadas fueran relativas al objeto principal del contrato<sup>54</sup>. Obviamente, está concepción conlleva dos claras consecuencias (a mi parecer, la primera negativa y la segunda positiva), y a la segunda he hecho referencia sutilmente cuando he contrapuesto las SSTs 18 junio 2012 y 9 mayo 2013:

a) La primera se corresponde con los requisitos que deben concurrir para declarar abusiva una cláusula. Si incardinamos el control de transparencia en los criterios de incorporación al contrato de la LCGC, no se tendrá en cuenta si la cláusula le ha producido un perjuicio al consumidor, ni tampoco las circunstancias concurrentes, ni los bienes o servicios objeto del contrato, etc.

b) La segunda tiene que ver con el ámbito de aplicación del control de transparencia. Si se introduce en sede de control de incorporación, también se podría conducir a los empresarios y profesionales.

Plaza, en cambio, considera al control de transparencia como un tercer control diferenciado del control de inclusión y del de contenido. Lo sitúa en la LCGC y establece como consecuencia de su contravención la nulidad de la cláusula<sup>55</sup>. Es decir, considera que, a pesar de ser dos controles distintos, la no superación del control de

50 STJUE 30 abril 2014 (Asunto C-26/13 Kásler vs OTP Jelzálogbank Zrt) (Tol 4234058).

51 PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p. 27-28.

52 *Ibid.*, p. 91.

53 *Ibid.*, p. 86.

54 CÁMARA LAPUENTE, S.: “El control”, cit., p. 106.

55 PLAZA PENADÉS, J.: “Delimitación”, cit., p. 4; igualmente en PLAZA PENADÉS, J.: “Del moderno”, cit., p. 3.

transparencia y de contenido conllevaría el mismo régimen de ineficacia. La nulidad de la cláusula.

Entonces, Plaza Penadés en un artículo de 2013 en el cual analiza la STS 9 mayo 2013 apunta las siguientes ideas<sup>56</sup>: Mientras que el control de inclusión se derivaría del art. 7 LCGC, el de transparencia tendría su base legal en el artículo 5.5 LCGC, ya que este precepto señala que: “La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”. A este respecto, apunta que la propia Sentencia trae a colación el vigésimo considerando de la Directiva 93/13, el cual dice: “[...]los contratos con consumidores deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas [...]”, y el art. 5 dispone que “en los casos de contratos en que todas la cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensibles”. A continuación, apunta que la Sentencia en realidad “confunde y entremezcla el control de transparencia con el control de abusividad”<sup>57</sup>, y en su lugar debería haber argumentado de la misma forma que ya lo hizo en la STS 18 junio 2012.

No obstante, yo pienso todo lo contrario, la Sentencia en realidad lo que hace es vincular, por vez primera y de forma no muy precisa, la falta de transparencia de las cláusulas suelo con el juicio de abusividad. Como dice la Sentencia, “la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor”, de la falta de transparencia de una cláusula relativa al objeto principal del contrato no se puede entender al mismo tiempo que haya de ser desequilibrada en perjuicio del consumidor. Porque, como señala la STS 24 marzo 2015, “la falta de transparencia puede ser, excepcionalmente, inocua para el adherente, pues pese a no poder hacerse una idea cabal de la trascendencia que determinadas previsiones contractuales pueden provocar sobre su posición económica o jurídica en el contrato, las mismas no tienen efectos negativos para el adherente”. No obstante, como dice Martín Faba<sup>58</sup>, esto parece más bien una teoría general sobre la falta de transparencia en las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, habida cuenta que la propia STS 24 marzo 2015 deja claro que “en el caso de las cláusulas suelo la falta de transparencia provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor”. Por lo que, cuando la STS 9 mayo de 2013 asevera que la cláusula suelo no es *per se* abusiva, se tiene que interpretar como que no todas las cláusulas suelo son abusivas porque pueden ser transparentes. Debido a que, tal como ha manifestado la jurisprudencia, una cláusula suelo no transparente, por su propia naturaleza, será necesariamente abusiva.

56 PLAZA PENADÉS, J.: “Delimitación”, cit., p. 5.

57 *Ibid.*, p. 5.

58 MARTÍN FABÁ, J.M.: “Dos hitos”, cit., p. 184.

De este modo, como interpreta el Supremo el art. 4.2 de la Directiva, la falta de transparencia dará lugar a que se pueda valorar la abusividad de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato en los términos del TRLGDCU para determinar si efectivamente este tipo de cláusula es abusiva por causar un perjuicio al consumidor. En el comentario de la sentencia, el profesor Plaza sigue diciendo que la principal razón que llevó al Supremo a declarar que no se había superado el control de transparencia fue un “dato objetivo”<sup>59</sup>, concretamente, “la falta de información previa, clara y comprensible, lo que impidió la correcta prestación de un consentimiento informado y de una correcta comprensión de la posición contractual y del alcance que, en este caso, una cláusula suelo tiene en un préstamo a interés variable”. Si bien, como ya sabemos la sentencia siguió analizando el carácter abusivo de la cláusula.

Dicho lo cual, concluye<sup>60</sup> que si una cláusula se refiere a un aspecto básico y esencial del contrato, el control aplicable será el de transparencia y no cabrá el control de contenido. Sin embargo, una vez apuntado esto considera que la Sentencia se aleja de la concepción vigente en el sentido que reduce el ámbito de aplicación del control de transparencia a los consumidores, entendiendo que lo hace solamente en este caso concreto al aplicar un control de transparencia vinculado a la condición de consumidores que tenían los adherentes, lo cual se manifiesta por la aplicación del art. 80 TRLGDCU. Finalmente, señala la relación que tiene el control de transparencia con la adecuada información contractual, y que su objetivo al fin y al cabo es preservar la libertad contractual asegurando que el adherente consienta de manera informada (“consentimiento informado”), cosa que comparto totalmente. Pero, acaba diciendo que la nulidad de las cláusulas suelo se deriva de forma directa de la contravención de la transparencia, por no conocer previamente y de forma adecuada la carga económica y la posición jurídica que implicaban dichas condiciones. Lo que a mi parecer no es posible, puesto que si encuadra el control de transparencia dentro del ámbito de la incorporación al contrato (cumplimiento de deberes formales) su consecuencia no puede ser la nulidad sino la no inclusión en el mismo. Como matiza Casado Navarro<sup>61</sup>, lo que defiende el profesor Plaza es imposible, dado que “no existe ningún precepto legal al margen de lo previsto para el error vicio que anude la declaración de nulidad a la falta de información, previa, clara y comprensible”.

Ante esto, opino que la nulidad de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no se produce única y exclusivamente de una falta de transparencia, sino que esta permitiría, de alguna forma, el análisis de su contenido y así poder verificar si son abusivas o no. Por tanto, considero más acertada la postura de Casado Navarro, que

59 PLAZA PENADÉS, J.: “Delimitación”, cit., p. 7.

60 PLAZA PENADÉS, J.: “Delimitación”, cit., pp. 8-9.

61 CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., p. 10.

señala que el control de transparencia estaría integrado en el control de contenido y funcionaría “como una “llave” de éste último cuando se proyecta sobre cláusulas relativas al objeto principal del contrato”. Así, vendría a ser un “requisito habilitante” del control de contenido que operaría como el único camino que permite abrir el control de abusividad cuando la cláusula es relativa al objeto principal del contrato.<sup>62</sup>

Huelga decir, que un examen de la justicia o injusticia de las transmisiones sería contrario a nuestro ordenamiento jurídico, habida cuenta que vulneraría el principio de “libertad de mercado” recogido en el art. 38 CE. En este sentido, la STS 9 mayo 2013 con referencia explícita a la STS 18 junio 2012, ya excluye que se pueda analizar mediante el control de contenido, el carácter abusivo de la cláusula en orden al equilibrio de las contraprestaciones<sup>63</sup>. Igualmente, la STJUE 30 abril 2014, junto con la STJUE 26 febrero 2015, ratifican la exclusión del control de contenido a las cláusulas en lo que se refiere a la relación calidad/precio, ya que no existe ninguna clase de baremo o criterio jurídico que nos permita establecer adecuadamente ese control. Al final, considero que la razón por la que el Supremo declara abusiva la cláusula suelo no es el desequilibrio o desproporción entre el suelo y el techo, sino el perjuicio que conlleva para el consumidor la falta de transparencia en el establecimiento del suelo por debajo del cual no bajará el tipo de interés variable pactado (STS 29 abril 2015). Como dijo la STS 24 marzo 2015 la falta de transparencia provoca “subrepticamente una alteración del no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación”. En estas sentencias, resulta evidente la mutación que se produce respecto al perjuicio que causan las cláusulas suelo desde lo que afirmaba la STS 9 mayo 2013, ya no es el desigual reparto de los riesgos, sino la imposibilidad de percatarse ante que tipo de préstamo se encontraba y, en consecuencia, no haber podido elegir y comparar la ofertas del mercado que más se ajusten a sus intereses.

Así, el desequilibrio que se produce no es objetivo sino subjetivo, se trata de una alteración de tipo subjetivo en el equilibrio entre precio y prestación, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, ya que como afinó la STS 29 abril 2015, “cuestión distinta es si las condiciones generales que regulan los elementos esenciales del contrato son susceptibles de control de abusividad en términos diferentes del resto de condiciones generales”. En este caso, el de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, la abusividad no derivará de un desequilibrio material entre precio y prestación, sino que será de otra naturaleza, esto es, una abusividad por falta de transparencia en la medida que se produce un desequilibrio subjetivo en la

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>63</sup> PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p. 94 y ss.

relación precio y prestación, en el acuerdo al que creía haber llegado el consumidor<sup>64</sup>. Asimismo, Casado Navarro considera que el apoyo legal del control de transparencia ha de situarse en el art. 60TRLGDCU habida cuenta “que establece un deber general de información precontractual a cargo del empresario” y aprecia “una coincidencia con el objeto y finalidad del control de transparencia”. De modo que, cumplidos los extremos que exige dicho artículo sobre la información que ha de proporcionarse al consumidor, la cual va más allá de la mera redacción clara y comprensible, se materializaría en el clausulado contractual el principio de transparencia<sup>65</sup>.

Admitida la premisa que no podemos hablar de nulidad de una cláusula relativa al coste del crédito, simplemente por el mero hecho de no ser transparente. En el caso de las cláusulas suelo, ya ha quedado bastante claro que de su falta de transparencia se deriva un perjuicio para el consumidor<sup>66</sup>, ya que “en el caso de este tipo de condiciones generales [la falta de transparencia] provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con “cláusulas suelo” en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado” (FJ 7º, STS 24 marzo 2015).

Sin embargo, todo esto no quita que puedan existir cláusulas susceptibles del control de transparencia que no lo superen y que no necesariamente sean abusivas<sup>67</sup>, si son inocuas para el adherente. Por ello, la falta de transparencia debe llevar aparejada un desequilibrio en perjuicio del consumidor; que en el caso de las cláusulas suelo, como vengo repitiendo, se manifiesta por la alteración subrepticia de carácter subjetivo que se produce entre precio y retribución, es decir, en el acuerdo objeto del contrato que creía haber alcanzado el consumidor<sup>68</sup>. Debido a que este ve frustradas sus expectativas por haber creído que el coste del crédito iba a ser “uno” cuando en realidad va a ser “otro”. Por tanto, el perjuicio del consumidor consiste en la imposibilidad de haber podido comparar entre las diferentes ofertas del mercado. De haber sabido que las consecuencias económicas del préstamo a interés mínimo fijo disfrazado de préstamo a interés variable iban a ser esas, hubiese contratado otro préstamo, verbigracia, con un diferencial más elevado, pero con

64 PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p. 113 y 114.

65 CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., p. 8.

66 *Ibid.*, p. 11, señala que si bien una vez verificada la falta de transparencia en las cláusulas controvertidas “se abre la posibilidad de efectuar un control de contenido sobre las mismas”, hay que tener en cuenta que “entre la falta de transparencia y el control de su posible carácter abusivo existe una conexión, puesto que la ausencia de una información clara, comprensible y suficiente sobre las cláusulas relativas al objeto principal del contrato puede ocasionar un perjuicio al consumidor, en tanto que son estas las cláusulas sobre las que funda su decisión de contratar”.

67 PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p. 111.

68 *Ibid.*, p. 111.



unos mecanismos de fijación de interés más acordes, valga la redundancia, a sus intereses.

De todas formas, he de apuntar una crítica a esta última parte de mi razonamiento, que ya pudo observar Chaparro Matamoros, en atención a focalizar el perjuicio del consumidor en no haber podido elegir otro préstamo de la competencia que fuera más adecuado a sus pretensiones: “Tampoco parece razonable el argumento de que el consumidor puede elegir otro producto financiero de la competencia, desde el momento en que la mayoría de compañías ofrecen productos prácticamente idénticos, de forma que al consumidor no le queda más remedio, si quiere disponer del préstamo para adquirir su vivienda, que aceptar el contrato de préstamo hipotecario ofrecido por cualquiera de ellas, aun a riesgo de que pueda contener una cláusula suelo abusiva”<sup>69</sup>.

En otra línea que Plaza Penadés, Cámara Lapuente ya había tratado el control de transparencia según la STS 9 mayo 2013 en otro artículo también de 2013<sup>70</sup>. En el cual considera que el doble control de transparencia aplicable a los elementos esenciales incluye en primer lugar un control de inclusión de carácter documental y en segundo lugar, como él dice, un “genuino” control de transparencia que “incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato”<sup>71</sup>. Cámara defiende, y en esto se diferencia del resto de autores que he sacado a colación, que de no superarse este control “reforzado” que pretende que el consumidor conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica como la posición jurídica que supone dicha cláusula en el contrato, la estipulación quedará no incorporada al contrato<sup>72</sup>. Al mismo tiempo, en dicho artículo aborda algunas cuestiones interesantes como la controversia que produjo la STJUE 3 junio 2010 sobre si era aplicable o no el art. 4.2 de la Directiva 93/13, y que vino a zanjar la susodicha STS 9 mayo 2013 junto con la STS 18 junio 2012. De lo cual destacaría que la Directiva 93/13 al ser una directiva de mínimos, no es contraria a que se pueda ofrecer una mayor protección a los consumidores mediante el control de los elementos esenciales del contrato incluso aunque estos sean transparentes. Lo que no es posible es realizar una transposición de la Directiva de forma incompleta que exonerase de control a los elementos esenciales aunque no fuesen transparentes. Motivo por el cual tuvo que ser reformada la legislación de países como Francia y Alemania. Así, Alemania ha incorporado a su ordenamiento el llamado *Transparenzgebot* (control de transparencia) que es aplicable a los *Hauptelemente*

69 CHAPARRO MATAMOROS, P.: “La nulidad, por falta de transparencia, de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario. Comentario a la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088)”, *Revista boliviana de derecho*, 2014, núm. 18°, p. 533.

70 CÁMARA LAPUENTE, S.: “El control”, cit.

71 STS 9 mayo 2013 (Tol 3671048).

72 Esta interpretación de las consecuencias de no superar el control de transparencia la postula CÁMARA LAPUENTE, S.: “Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2015, Tomo LV, pp. 600 a 608.

(elementos esenciales), y que si no se supera conlleva las mismas consecuencias que el control de contenido, declarándose la abusividad de la cláusula.

Sánchez Martín también es partidario de reconducir el control de transparencia al ámbito de la incorporación al contrato, al caracterizar dicho parámetro como una “proyección general del control de inclusión”, “cuyo fundamento legal descansa en el art. 5 Directiva 93/13, arts. 5.5 y 7.b) LCGC y 80.I TRLGDCU”<sup>73</sup>.

Una vez dicho esto, frente a estas razones de un sector de la doctrina<sup>74</sup>, Pertíñez Vílchez<sup>75</sup> esgrime los siguientes argumentos para defender su postura, y que comparto con él:

a) El primero de ellos se relaciona con el tenor literal del artículo 4.2 de la consabida Directiva. De la misma forma que interpreto dicho precepto, Pertíñez Vílchez señala que si lo leemos “sensu contrario” cuando una cláusula que defina el objeto principal del contrato no sea transparente habrá que enjuiciar si es o no es abusiva. En consecuencia, como ya he dicho anteriormente la no superación del control de transparencia no conlleva automáticamente la ineficacia de la cláusula, sino que “abre la veda” para que se pueda verificar si esa falta de transparencia provoca un desequilibrio en perjuicio del consumidor.

b) El segundo argumento tiene que ver con la crítica que este autor hace a la concepción de que el control de transparencia tiene su base legal en el art. 5.5 LCGC. Según Pertíñez Vílchez, no tiene mucho sentido atribuir a este precepto la obligación de proporcionar una información precontractual suficiente sobre el objeto principal del contrato tal como ha establecido la STS 9 mayo 2013 y ss.; cuando la norma solo se refiere a la “redacción” de las cláusulas (“la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”), es decir, a un elemento esencialmente formal.

c) El tercero se refiere a que si encuadramos el juicio de eficacia sobre estas cláusulas en sede de requisitos de incorporación seguiríamos enfocando inadecuadamente la cuestión. Ya que los criterios estrictamente formales que exige el control de inclusión no tienen en consideración el posible perjuicio que se le estuviera causando al consumidor por la aplicación de dichas cláusulas. De este modo, podríamos llegar al absurdo de declarar nula una cláusula relativa al objeto principal del contrato por no superar el control de transparencia a pesar de que esta

73 SÁNCHEZ MARTÍN, C.: “El verdadero control de transparencia de las cláusulas predispuestas. Su definitiva plasmación y fundamentación técnica”, *Diario La Ley*, 2015, núm. 8491°, p. 4.

74 Sobre todo, CÁMARA LAPUENTE, S.: “Transparencias, desequilibrios”, cit., pp. 600 a 608, y PLAZA PENADÉS, J.: “Delimitación”, cit., pp. 8 y 9.

75 PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., pp. 87-91.

fuera inocua para el consumidor<sup>76</sup>. Sobre este punto pone como ejemplo la llamada “cláusula cero”, que se trata de una cláusula que impone la prohibición de que los intereses fuesen negativos o a favor del prestatario. Así, no tendría mucho sentido afirmar que la inclusión de esta cláusula en el contrato suponga una alteración subrepticia del acuerdo que creía haber alcanzado el prestatario, cuando en ningún momento el consumidor tenía como expectativa lucrarse con el préstamo.

d) El cuarto argumento se centra en señalar que residenciar el control de transparencia con los criterios de incorporación de las condiciones generales, no dejaría que se tuvieran en consideración las circunstancias concurrentes en el caso concreto, que es presupuesto del enunciado normativo del artículo 82 TRLGDCU. De modo que, si nos acogiésemos a la línea que marca el control de transparencia dimanante del art. 5.5 LCGC, y a causa de ello no se tuvieran en cuenta las circunstancias existentes en el momento de contratar, podría darse el caso que se declarasen no incorporadas al contrato las cláusulas suelo por no cumplir con las obligaciones de información relativas a proporcionar “simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar” o “información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad” (STS 9 mayo 2013), cuando el prestatario fuese un notario o una sociedad mercantil que tenga por actividad la compraventa de bienes inmuebles. E incluso podría darse la situación que no se incorporasen cuando el prestatario fuese un consumidor y concertase el préstamo para la adquisición de su vivienda, pero no pudiese desconocer el funcionamiento de la cláusula suelo porque la primera cuota del préstamo se calculara con arreglo a ella, debido a que el contrato se celebrara en un momento en el cual el Euribor se encontrase por debajo del límite mínimo.

e) El quinto y último trata de explicar finalmente porque no se puede incardinar el segundo filtro de transparencia en el ámbito de la incorporación al contrato de la LCGC. Si tenemos presente que el control de transparencia no es solo aplicable a las cláusulas suelo, sino que se configura como un control más exigente que el de inclusión sobre la claridad de las cláusulas cuando estas se refieren al objeto principal del contrato; basarnos únicamente en criterios formales objetivos iguales para todos los casos nos llevaría a un incorrecto resultado. Habida cuenta que los parámetros que marca la STS 9 mayo 2013 se ajustan a las especiales características de las cláusulas suelo pero no son trasladables de forma mecánica a otras cláusulas que afecten al coste del crédito.

En definitiva, Pertíñez Vílchez nos viene a decir que el art. 82 TRLGDCU es una norma amplia que debe ser interpretada y perfilada por vía jurisprudencial, sin que sus dos elementos clave, a saber, la contrariedad a la buena fe y el desequilibrio

76 CÁMARA LAPUENTE, S.: “Transparencias, desequilibrios”, cit., p. 605.

objetivo de los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, sean interpretados de una forma estricta.<sup>77</sup> Todo lo contrario, él considera que los dos presupuestos básicos de este artículo “han de considerarse como instrumentos que permitan al juez la formulación de las diferentes normas de decisión en las que se irá concretando el concepto de “abusividad”, una de las cuales puede ser que resultan abusivas las cláusulas que por su falta de transparencia causen un perjuicio al consumidor consistente en la alteración de la carga económica del contrato”<sup>78</sup>.

## V. LA OBLIGACIÓN DE TRANSPARENCIA

### I. Entonces, ¿qué podemos entender por control de transparencia?

Una vez llegados a este punto, el control de transparencia, teniendo en cuenta lo sentado por las SSTS 18 junio 2012, 9 mayo 2013, 24 marzo 2015 y 29 abril 2015, funcionaría como un parámetro abstracto de validez de la cláusula no negociada, incluida en contratos con consumidores, que cuando se proyecte sobre elementos esenciales del contrato “tiene por objeto que el adherente conozca pueda conocer con sencillez tanto la ‘carga económica’ que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener; como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo” (STS 9 mayo 2013). Dicho de otro modo, en palabras más actuales pronunciadas por la STS 29 abril 2015, el control de transparencia diferenciado del control de incorporación “supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. No basta, por tanto, con que las condiciones generales puedan considerarse incorporadas al contrato por cumplir los requisitos previstos en el art. 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es preciso que, además, sean transparentes, en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tal cláusula le supondrá”.

Además, esta forma de definir la obligación de transparencia ha sido confirmada por las SSTJUE 30 abril 2014, 26 febrero 2015 y 23 abril 2015<sup>79</sup> en el sentido

77 Coincide CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., p. 11, en decir que el art. 82 TRLGDCU, es una norma general que debido a su amplitud debe ser interpretada de forma flexible por la jurisprudencia, y en la cual cabría situar un supuesto de cláusula abusiva por falta de transparencia que, como la cláusula suelo, cause, en perjuicio del consumidor, una alteración del acuerdo que creía haber alcanzado en base a la información proporcionada.

78 PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p. 93.

79 STJUE 23 abril 2015 (Asunto C-96/14, Van Hove vs CNP Assurances SA) (Tol 4835583).

que consideran que “tiene una importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo” (STJUE 30 abril 2014). Igualmente, se entenderá superada la transparencia para poder excluir el control de abusividad cuando “la cláusula esté redactada de manera clara y comprensible, es decir, que no sólo resulte inteligible para el consumidor en el plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él” (STJUE 23 abril 2015).

Es decir, como expone Casado Navarro, se puede definir como “un parámetro abstracto de validez de las cláusulas predisuestas relativas al objeto principal del contrato, distinto del error como vicio del consentimiento, a través del cual se trata de comprobar que el predisponente ha confeccionado y presentado el clausulado contractual de una forma tal que el adherente conozca o pueda conocer fácilmente tanto la carga económica como su posición jurídica en el contrato”<sup>80</sup>. Entonces, considera que este control se centra en un “dato objetivo”, si el predisponente informó de manera suficiente al cliente. Lo cual permite desvincularlo del error vicio en el sentido que no tiene que ver con la “representación mental” que se haga el adherente, sino si en las circunstancias en las que se encuadra permiten al consumidor hacerse una idea de la trascendencia de esas cláusulas en el contrato. Del mismo modo, Sánchez Martín<sup>81</sup> al comentar la STS 8 septiembre 2014<sup>82</sup> señala que el control de transparencia vendría a ser “un control de legalidad” con la finalidad de garantizar “la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato”. Por lo que, impone al predisponente “un deber de configuración contractual” cuyo cumplimiento no se verifica por la validez del consentimiento sino “en la propia reglamentación predisuelta y en la adecuada configuración de las cláusulas”. Con el objeto de que

80 CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., p. 6.

81 SÁNCHEZ MARTÍN, C.: “El verdadero”, cit., p. 4.

82 STS 8 septiembre 2014 (Tol 4529142), en el voto particular, el magistrado Sancho Gargallo critica la forma en que se ha llevado a cabo el control de transparencia. Entiende que, tal como estaba ubicada la cláusula en el contrato, de forma coherente y sistemática, resaltada en negrita y teniendo en cuenta el extendido conocimiento de la inclusión de este tipo de cláusulas en los contratos de préstamo hipotecario en la fecha de celebración del mismo, no podemos determinar que la incorporación de la cláusula suelo fuera sorpresiva y vulnerara el concreto deber de transparencia.

el consumidor pueda valorar directamente de la propia reglamentación predisuelta las consecuencias económicas y jurídicas derivadas a su cargo<sup>83</sup>.

No obstante lo anterior, también algún autor ha puesto énfasis en que el control de transparencia se centra “más que en la propia redacción de la cláusula, en los tratos preliminares y coetáneos a la celebración del contrato”<sup>84</sup>. Lo cual, desde mi punto de vista, como indica la doctrina, se refiere, a que en el caso de las cláusulas suelo, la contrariedad a la buena fe, que ésta incluida en el juicio de abusividad y que vendría a ser la oferta poco transparente de los préstamos hipotecarios incluyendo sorpresivamente las cláusulas suelo, habría de tener en consideración las circunstancias del caso concreto<sup>85</sup>. A saber, el momento de la celebración del contrato (si ya había un conocimiento generalizado sobre este tipo de cláusulas) y las propias circunstancias del consumidor (como su experiencia financiera). Con la finalidad de ofrecer al consumidor información adecuada en atención a sus necesidades, para que pudiese comprender las implicaciones de dichas cláusulas en el desarrollo futuro del contrato. De hecho, Sancho Gargallo en su voto particular a la STS 8 septiembre 2014, señala que en la exigencia de transparencia no sólo se ha de valorar “la ubicación de la cláusula, sino también el conocimiento general que por entonces existía sobre la misma y la forma en que fue presentada en la información precontractual”. De lo contrario, pienso que no sería conforme a la buena fe que una persona con alto nivel de conocimiento financiero se beneficiase de una declaración de abusividad de las cláusulas suelo basada en criterios meramente objetivos.

Esta postura de valorar las concretas circunstancias concurrentes en el adherente en el momento de prestar el consentimiento, parece que rompa las fronteras que se habían dibujado entre el control de transparencia y el control de excusabilidad del error vicio, como ha podido advertir recientemente Agüero Ortiz<sup>86</sup> a raíz de la STS 9 marzo 2017<sup>87</sup>. No obstante, desde mi punto de vista, en el control de transparencia sigue teniendo una importancia capital la conducta del predisponente, lo cual no es óbice para que ésta se examine en relación con las características concretas del cliente bancario y el momento en que contrató el préstamo.

Al final, la lectura de esta doctrina lo que inspira es que el control de transparencia tiene como principal objetivo preservar la libertad contractual<sup>88</sup> y por ello pone

83 PLAZA PENADES, J.: “Del moderno”, cit., p. 7; también concluye que el control de transparencia “requiere de un previo enjuiciamiento interno de la reglamentación predisuelta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles, para que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que se derivan del contrato ofertado”.

84 DE TORRES PEREA, J. M.: “Nulidad”, cit., p. 45.

85 PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., pp. 101 y ss.

86 AGÜERO ORTIZ, A.: “Cláusula suelo transparente porque el consumidor tuvo un conocimiento de la misma: ¿Existe alguna diferencia entre el control de transparencia y la evaluación del consentimiento?”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2017, núm. 21°, p. 176.

87 STS 9 marzo 2017 (Tol 5985734).

88 CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., p. 6.

tanto el foco en que el consumidor contrate con pleno conocimiento de causa; no sirviendo simplemente con que éste sepa de la existencia de la cláusula. Sino que se le debe haber proporcionado suficiente información en fase precontractual para que conozca la trascendencia de dicha cláusula en el contrato y los efectos que se derivan de ella, así como que de su propia plasmación en el contrato se puedan conocer en base a criterios sencillos las consecuencias de esa cláusula en el mismo. En definitiva, que no resulte alterado el acuerdo económico que creía haber alcanzado, “el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado el empresario a partir de la información que aquel le proporcionó”<sup>89</sup>.

Dicho esto, me gustaría recalcar que como dice la STS 29 abril 2015, “la exigencia de transparencia será tanto más acusada mientras más trascendencia tenga la cláusula en la economía del contrato y en las consecuencias de orden jurídico y económico que suponga para el adherente”. Por tanto, podemos entender que el control de transparencia no es plano en el sentido que puede adaptarse en función de la cláusula sobre la cual opere, siendo más exigente cuanto más esencial sea la cláusula en el contrato. También tendrá que adaptarse a las concretas circunstancias del caso, porque, según mi opinión, no es la misma información la que tendrá que proporcionarle la entidad a una persona sin ningún tipo de conocimientos en el ámbito de la contratación bancaria, que a un notario.

En relación con la trascendencia de la cláusula, ahora mismo sabemos con, al menos, algo de precisión como opera el control de transparencia en las cláusulas suelo y en otras cláusulas que como ellas definan o se refieran al objeto principal del contrato, pero no sabemos con exactitud como operaría el control de transparencia en otro tipo de cláusulas<sup>90</sup>. Si bien, desde mi punto de vista y el de una parte de la doctrina<sup>91</sup> el control de transparencia tiene su clara razón de ser en las cláusulas sobre los elementos esenciales del contrato, ya que son estas sobre las que recae el consentimiento contractual. Se entiende con carácter general que sobre la relación precio y contraprestación recae el consentimiento, tal como se puede extraer del art. 1.261 CC<sup>92</sup> (Casado Navarro ve absurdo extender el control de transparencia

89 PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F.: “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *Indret*, 2013, núm. 3º, p. 9.

90 Carrasco y Cordero dicen que no parece haber límites a este control de transparencia, su aplicación es independiente a que sea la cláusula más o menos esencial, en CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E.: “El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, núm. 7º, p. 176.

91 Autores como PLAZA PENADÉS, J.: “Delimitación”, cit., pp. 8 y 9; PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., pp. 24-27, y CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., p. 8.

92 ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991, p. 64.

a todas las cláusulas no negociadas individualmente<sup>93</sup>). Por tanto, cuando dichas cláusulas no son transparentes y no han permitido al consumidor alcanzar una comprensión cabal sobre el funcionamiento de la cláusula y sus efectos en el contrato, “la regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva”<sup>94</sup>, y, en consecuencia, podremos valorar la abusividad, porque en esa circunstancia carecemos de consentimiento contractual que venga a justificar el objeto pactado en el contrato.

En cambio, las cláusulas que se refieran a los derechos y obligaciones de las partes en el contrato, es decir, las que forman el marco normativo del contrato, no son susceptibles de control en términos de transparencia, sino que lo más adecuado es examinarlas según su equilibrio objetivo, habida cuenta que sobre ellas no ha habido un consentimiento. El consumidor no ha elegido el contrato por tales condiciones, sino por la oferta del predisponente en la cual se describía el objeto del contrato.<sup>95</sup> Ya que, como argumenta la STS 29 abril 2015, “sería contrario a la lógica y a criterios de eficiencia social y económica” que el consumidor realizara un minucioso examen comparativo del resto de clausulado del contrato en orden a decidir que producto adquiere. Proporcionar mucha información sobre este tipo de cláusulas resultaría inútil, dado que el consumidor tomará su decisión de contratar por las principales características del bien o servicio. En resumen, creo que podemos afirmar con cierta seguridad que el ámbito objetivo del control de transparencia se corresponde con las cláusulas relativas al precio y contraprestación del contrato, es decir, al objeto principal del contrato<sup>96</sup>. A diferencia de lo que parecía establecer la STS 9 mayo 2013 al fundamentar el control de transparencia en el art. 80.I TRLGDCU, y que en consecuencia vendría referido a todas las cláusulas no negociadas incluidas en contratos con consumidores.

Por otro lado, siguiendo lo que he apuntado antes sobre como operaría el control de transparencia con otras cláusulas relativas al objeto principal del contrato distintas de las suelo, los volubles criterios que nos marca la STS 9 mayo 2013 (el auto aclaratorio de la sentencia<sup>97</sup> dijo claramente que no eran exhaustivos), en orden a saber si la cláusula es o no transparente, son criterios especialmente aplicables a las cláusulas suelo y que han sido configurados por el análisis de este tipo de cláusulas, lo que es evidente en el parámetro de “se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas”.

93 CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., p. 8.

94 Como indica el magistrado Sancho Gargallo en su voto particular de la STS 8 de septiembre de 2014.

95 PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., pp. 24 y ss.

96 Ya lo decía, PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: *Las cláusulas*, cit., pp. 40 y 41; también PLAZA PENADÉS, J.: “Delimitación”, cit., p. 4, “se proyecta sobre aquellas condiciones generales que afectan a los elementos básicos del contrato”; e igualmente, CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., p. 6, “un parámetro abstracto validez de las cláusulas predispuestas relativas al objeto principal del contrato”.

97 ATS 3 junio 2013 (RJ 2013, 3617).



En consecuencia, es clara cierta falta de seguridad jurídica en lo relativo al control de transparencia, siendo ésta el principal ariete de batalla cuando se critica este novedoso criterio de validez en derecho contractual que parece poner en riesgo el consolidado principio “pacta sunt servanda”.

## 2. Críticas al control de transparencia

Hay que poner de relieve, que no han sido pocas las voces que han criticado el control de transparencia al calificarlo como un producto fruto de la creación judicial del derecho. Esto es, ante la falta de un precepto nacional que se refiera expresamente al control de transparencia, se ha considerado por algunos, que los tribunales se han excedido de su labor de hermenéutica jurídica, es decir, del papel de interpretación que le corresponde a la jurisprudencia por mandato del art. 1.6 CC. Sobre esta cuestión, es significativo el recurso de casación que interpuso Cajasur y que fue resuelto por la STS 24 marzo 2015. En este recurso, concretamente en el primer motivo, la recurrente denunciaba que los jueces se habían excedido de sus funciones, creando jurisprudencialmente un requisito de validez de las cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato.

Por el contrario, la propia STS 24 marzo 2015, de forma rotunda, afirma que para nada los jueces se han excedido de aquello que les corresponde. La STS 9 mayo 2013 basó la transparencia, como ya sabemos, en el art. 80.I TRLGDCU (aunque, posteriormente y con mayor acierto, se ha residenciado en el art. 82 TRLGDCU), y lo hizo al interpretar el ordenamiento español conforme a lo dispuesto por los artículos 4.2 y 5 de la sobredicha Directiva 93/13. Siguió para ello lo que ya sentó la STJUE 21 marzo 2013<sup>98</sup>, cuando señaló que el contrato debe exponer de “manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste”. Lo cual se complementa por lo dicho en la STJUE 30 abril 2014 que afirma que “la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales no puede reducirse solo al carácter comprensible de estas en un plano formal y gramatical”. Por tanto, el TS no ha creado derecho, sino que ha interpretado nuestro ordenamiento interno a la luz de la Directiva 93/13, tal como esta ha sido comprendida por el TJUE. De hecho, según Pertíñez Vílchez<sup>99</sup> “simplemente, el Tribunal Supremo con esta doctrina jurisprudencial ha hecho emerger obligaciones de información que ya estaban presentes en nuestro ordenamiento jurídico”, señalando a continuación artículos tales como el 7.1 y 1.258 CC relativos al deber de buena fe en las relaciones contractuales, el art. 60 TRLGDCU sobre la obligación

98 STJUE 21 marzo 2013 (Asunto C-92/11, RWE Vertrieb AG vs Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV) (TJCE 2013/93).

99 PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p. 63.

de informar del precio total y el art. 7.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Todo esto ha sido recordado recientemente por el Auto de la Audiencia Provincial, Las Palmas, 25 enero 2017<sup>100</sup>, cuando al final del fundamento jurídico segundo reitera lo ya concluido por la STS 24 marzo 2015 sobre que no se ha realizado en ningún momento una labor de creación judicial de derecho. A pesar que, “según Cajasur; [...], el Tribunal Supremo, en la citada sentencia núm. 241/2013, hace una labor de creación judicial del Derecho, que no está admitida en nuestro ordenamiento jurídico, y no una labor de hermenéutica jurídica, que es la única que podría realizar el órgano judicial, [...], que una cláusula en un contrato concertado con consumidores no es transparente si no se asegura su comprensibilidad real, [...], es un sugerente postulado “de lege ferenda” [para una futura reforma de la ley] pero no se deriva de ningún precepto vigente ni de ningún pronunciamiento del TJUE.”

Entre los críticos del control de transparencia destacan sobre todo Carrasco Perera y Cordero Lobato. Ellos postulan la “carencia absoluta de fundamento legal del control de transparencia”<sup>101</sup> y lo ven como una construcción jurisprudencial que pone en grave riesgo el principio de seguridad jurídica, ya que “la razonabilidad de los pronunciamientos judiciales sólo puede predicarse de aquellos que están fundados en reglas jurídicas, y únicamente las sentencias razonables posibilitan la previsibilidad inherente a la seguridad jurídica a la que cada contratante aspira en un Estado de Derecho”<sup>102</sup>. Además, coinciden en decir, como he puesto de manifiesto antes, en que al ser los parámetros sentados por la STS 9 mayo 2013 meramente indicativos, no siendo exhaustivos y aplicables en su mayoría a las concretas características de las cláusulas suelo, es muy difícil anticipar cuando una cláusula predispuesta incluida en contratos con consumidores puede ser declarada nula por falta de transparencia. Esto es, la falta de una construcción argumental en positivo<sup>103</sup>, de qué podemos entender por esta nueva obligación de transparencia, desgraciadamente nos puede llevar a un panorama de cierta incertidumbre. Como dicen Carrasco Perera y Cordero Lobato, el control de transparencia “crea reglas y subreglas cuya utilización, al estar basada en juicios de valor no contrastables ni objetivables, llevará a resultados impredecibles en futuras contiendas judiciales en un ámbito tan especialmente necesitado de seguridad jurídica en estos momentos como es el mercado de crédito”<sup>104</sup>.

De esta forma, estos dos autores plantean en el citado artículo las siguientes críticas a este parámetro de validez de la cláusula predispuesta<sup>105</sup>: comienzan

100 AAP, Las Palmas, 25 enero 2017 (Tol 5945784).

101 CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E.: “El espurio”, cit., p. 179.

102 CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E.: “El espurio”, cit., p. 183.

103 PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p. 69.

104 CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E.: “El espurio”, cit., p. 174.

105 *Ibid.*, pp. 174-176.

argumentando que de la falta de perspicuidad de la STS 9 mayo 2013, no se puede extraer con claridad porque declara abusiva a la cláusula suelo. Si es por acoger la doctrina de la STJUE 3 junio 2010, en relación a que el derecho comunitario no se opone a un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales relativas a los elementos esenciales o si, por el contrario, el TS basa el control de abusividad de las cláusulas suelo en el carácter no transparente de las mismas. Así como, tampoco les convence el análisis del Supremo en relación a si las cláusulas suelo son definitorias del objeto principal del contrato, debido a que establecer si son más o menos esenciales les parece un tarea “estéril”. Debido a que, según lo que afirman, mediante la LGDCU y la LCGC se pueden controlar las cláusulas contractuales esenciales. En cambio, consideran más provechoso el argumento de que las cláusulas suelo al referirse al interés que debe pagar el prestatario forman parte del precio y, en consecuencia, sobre él no cabe determinar la abusividad, al carecer en nuestro derecho de “parámetros racionales de decisión”<sup>106</sup> que nos permitan establecer cuando un concreto precio es abusivo o no.

Seguidamente, plantean que tal como el Supremo define el control de transparencia no somos capaces de distinguir si al final la falta de transparencia provoca automáticamente la abusividad en la cláusula suelo, sin que haga falta analizar si existe un desequilibrio en los términos del art. 82 TRLGDCU o si es necesario verificar si se produce un desequilibrio en perjuicio del consumidor por la sustancial falta de transparencia. Igualmente, consideran que la sentencia para nada clarifica las consecuencias que conlleva la falta de transparencia de una cláusula impuesta. Después de señalar que la no superación de la obligación de transparencia implicaría la valoración de la abusividad de la cláusula en virtud de lo dispuesto por el art. 4.2 de la Directiva, sin ningún tipo de explicación, determina la nulidad de la cláusula. Según estos autores, la sentencia no explica cuál es la base legal de la que se sirve para declarar la nulidad de las cláusulas suelo. Habida cuenta que para nada lo puede ser el art. 80.1 TRLGDCU, teniendo presente que este artículo viene referido a los criterios de incorporación al contrato y de su contravención no podemos derivar la abusividad de la cláusula<sup>107</sup>.

De hecho, en el artículo se plantea que la falta de fundamento legal es clara, ya el cumplimiento de los requisitos que exige la Orden EHA/2899/2011<sup>108</sup> ya presupone el conocimiento de esas cláusulas por parte del consumidor. De modo que, si la cláusula no ha sido conocida por el consumidor esta quedará no incorporada al contrato, por lo que los tribunales no están facultados para crear un “tertium genus” sobre la transparencia “sustancial” de las cláusulas<sup>109</sup>. En este punto, parece ser que

---

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 176.

<sup>107</sup> CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E.: “El espurio”, cit., pp. 177-179.

<sup>108</sup> Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

<sup>109</sup> CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E.: “El espurio”, cit., p. 181.

estos autores no han entendido correctamente en que consiste la obligación de transparencia, ya que esta no tiene que ver con que haya un mero conocimiento de la cláusula por parte del consumidor; o incluso de su contenido, lo que verdaderamente pretende el control de transparencia es, como señala el IC 2000<sup>110</sup>, que el consumidor haya contratado “con pleno conocimiento de causa”. Para ello, es preciso que se le haya proporcionado la suficiente información precontractual, con la finalidad de que sea capaz de comprender realmente, y de forma completa, cual es la trascendencia de la cláusula en el desarrollo del contrato, así como que sacrificio patrimonial y consecuencias jurídicas le va a suponer.

De todas formas, Carrasco Perera y Cordero Lobato opinan que aún más grave que la falta de fundamento del control de transparencia es la poca previsibilidad que inspira este novedoso sistema de fiscalización de la cláusula predispuesta, que al final hace recaer toda la carga de la prueba al predisponente. Se preguntan, cómo es posible acreditar que se ha dado esa “comprensibilidad real” en el adherente si, al fin y al cabo, se trata de una circunstancia psicológica de difícil verificación, llegando a plantearse si sería necesaria la realización de videograbaciones para poder probar que ha existido esa comprensión<sup>111</sup>.

En relación con esto, es posible que Carrasco y Cordero no estuvieran equivocados cuando afirmaron con rotundidad que el control de transparencia nos puede abocar a una falta de anticipación de los pronunciamientos jurisprudenciales y cierta inseguridad jurídica. No hay que perder de vista la relativamente reciente STS 7 diciembre 2016<sup>112</sup>, que declaró abusivas y, por tanto, nulas por falta de transparencia las cláusulas novena y primera de un contrato de préstamo, concertado con la entidad demandada, en las cuales se establecía una fianza solidaria y una responsabilidad personal ilimitada respectivamente. Las cláusulas tenían el siguiente tenor: La novena “con independencia de la hipoteca establecida en la cláusula correspondiente de la presente escritura y demás garantías personales o reales que se han podido pactar en el presente contrato, se garantiza especialmente el cumplimiento de las obligaciones dimanadas del mismo, solidariamente con el deudor principal y con las consiguientes renunciadas a los beneficios legales de orden, excusión y división, por Don J.J.K. y Doña C.-P.-S.B., los cuales se constituyen en fiadores solidarios de la presente operación”. La primera, “sin perjuicio de la responsabilidad personal solidaria e ilimitada de la parte prestataria en garantía de la obligación principal de la amortización del préstamo que se formaliza en la presente escritura”.

La referida sentencia, tras hacer un exhaustivo repaso al derecho aplicable a las condiciones generales de la contratación incluidas en contratos con consumidores.

110 Informe (IC 2000) de 27 de abril de 2000, de la Comisión Europea, sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE.

111 CARRASCO PERERA, A.Y CORDERO LOBATO, E.: “El espurio”, cit., pp. 180-181.

112 STS 7 diciembre 2016 (Tol 5927209).

Concluye que las cláusulas objeto de la litis no superan el doble control de transparencia. A saber, con las pruebas aportadas por las partes, el tribunal considera que los pactos cumplen los requisitos para quedar incorporados al contrato, pero no se había proporcionado a los adherentes la suficiente información para conocer que se trataban de cláusulas que definían el objeto principal del contrato, que pueden incidir en su obligación de pago y como podían jugar en la economía del contrato. Es decir, se establece que en estos casos “deberá acreditarse por la parte demandada que cumplió con su obligación de informar de manera pormenorizada a su cliente del significado jurídico y económico que para él podría derivarse de la inclusión de la cláusula en el contrato”. El Supremo aprecia que, si bien se habían cumplido los criterios de inclusión, ya que las cláusulas eran legibles, habían sido aceptadas, etc.; no se había facilitado “información adicional a la parte actora” aparte de la lectura de la escritura pública en la notaría. Así, entiende que teniendo presente que las condiciones implicaban una renuncia a los beneficios de excusión, división y orden, además de articular una responsabilidad personal e ilimitada a los deudores principales que se añade a la garantía hipotecaria, se les debería haber proporcionado una información lo suficientemente consistente para garantizar la comprensión por parte de los adherentes.

Esta sentencia me llama poderosamente la atención por como declara nulos unos pactos que en principio son válidos y están expresamente reconocidos en el Código Civil. No es nada nuevo reconocer en un préstamo hipotecario la presencia de una fianza solidaria que se admite en el segundo inciso del art. 1.822 CC y sobre la que se indica la pérdida del beneficio de excusión en el art. 1.831. 2º CC. Además, con una fundamentación un tanto breve y simple, deja sin efecto un pacto con tanta trascendencia como es la fianza en este tipo de préstamos. Desde mi punto de vista, sin desmerecer la función tuitiva del control de transparencia, con el único argumento de que no se había proporcionado la suficiente información sobre la trascendencia de la fianza, la declara abusiva por falta de transparencia, y para ello se basa principalmente en que no había pruebas de una información adicional. No obstante, habrá que tener en cuenta cómo es posible verificar por parte de la entidad de crédito que se ha proporcionado una información suficiente atendiendo a las circunstancias del adherente que acredite, sin lugar a dudas, que éste ha alcanzado una comprensibilidad real. También es criticable que en ningún momento se haga una valoración sobre el desequilibrio de la cláusula, que como hemos defendido en el trabajo lo exigiría la declaración de abusividad por falta de transparencia. En resumen, para nada se han valorado las circunstancias relativas al caso concreto, así como tampoco el perjuicio que se le causa al consumidor, aunque se pueda inferir que es la posición más desventajosa que le provoca la fianza solidaria en lugar de la subsidiaria.

Para más inri, el tribunal se limita a justificar su decisión realizando una especie de adaptación de los parámetros que utilizó la STS 9 mayo 2013 para determinar que las cláusulas suelo no eran transparentes. Por ejemplo, “no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible de la operatividad de las cláusulas...” o “...se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor”. Si bien, como ya señaló el ATS 3 junio 2013, tales parámetros son simplemente indicativos y, por tanto, no siempre han de concurrir todos o algunos en las cláusulas suelo, y menos aún en otro tipo de cláusulas que exigirán, según entiendo yo, un singular análisis incluso con otros criterios para ver si son transparentes o no. Lo cual, aún pone en peor situación la seguridad jurídica en relación con la falta de previsibilidad de los pronunciamientos jurisprudenciales.

Para terminar, también es preocupante la poca importancia que se le otorga a la función notarial, al considerar que su actuación se circunscribe a los criterios de incorporación, pero no garantizan una información suficiente para entender superado el control de transparencia. Ya que entienden que en la práctica su función acaba en una simple advertencia en el “momento conclusivo del contrato”, cuando es de sobra conocido, que es posible examinar la escritura con la antelación de tres días a la firma del préstamo. En definitiva, parece que ven al notario como un mero “convidado de piedra” (según De Torres Perea), que no es capaz de ejercer ninguna influencia en el cliente en ese momento en el cual ya ha tomado la decisión de contratar.<sup>113</sup>

Dicho esto, creo que queda clara la necesidad de regular legalmente el control de transparencia, para delimitarlo y establecer con certeza cuáles son sus presupuestos y consecuencias. Porque la existencia, a mi parecer, de ciertos defectos no quita que el control de transparencia sea muy positivo, al cumplir con una función esencial como es garantizar un “consentimiento informado”<sup>114</sup>, que se aprecia sobre todo en un ámbito muy complejo como es la contratación financiera. A este respecto, es de señalar la SAP Alicante, 23 julio 2015<sup>115</sup>, que declaró nulas por abusivas las cláusulas 5ª y 6ª de un contrato de préstamo de los denominados “créditos revolving”. Se trataba de un préstamo a interés variable, pero su variabilidad no dependía del mercado como es el caso de los préstamos hipotecarios, sino del dinero que dispone el prestatario al funcionar como una “línea de crédito”. Pues bien, la Audiencia consideró que la poca claridad de las condiciones no permitía al adherente comprender el coste del crédito y por “su forma de articular el contrato lo que se consigue al final es que el cliente ignore cual es el interés que se le aplica en el inicio y en discurrir de la disposición de otras cantidades”. Todo esto

113 DE TORRES PEREA, J. M.: “Nulidad”, cit., p. 30.

114 PLAZA PENADÉS, J.: “Delimitación”, cit., pp. 5 y 7.

115 SAP Alicante, 23 julio 2015 (Tol 5419874).

unido a la falta de información precontractual sobre el funcionamiento de estas cláusulas relativas al coste del crédito, provocaba que el consumidor no estuviera suficientemente informado sobre el interés que se le aplicaría en función de las cantidades de dinero que dispusiese.

### 3. El control de contenido en las cláusulas relativas al objeto principal del contrato

Como dice de forma gráfica Pertíñez Vílchez, estamos desmontando un mito<sup>116</sup> cuando afirmamos que las cláusulas relativas al objeto principal del contrato pueden ser abusivas (si no son transparentes). Sin embargo, como ya hemos explicado en el presente trabajo, esta es la interpretación que hacemos del art. 4.2 de la Directiva 93/13, de acuerdo con lo establecido en la reciente jurisprudencia y parte de la doctrina.

Aunque ya hemos abordado en los epígrafes anteriores las cuestiones de: ¿Por qué han sido declaradas abusivas las cláusulas suelo?, ¿En qué consiste concretamente el control de transparencia?, y ¿Sobre qué tipo de cláusulas opera? Es conveniente hacer unas matizaciones.

Para empezar, que este tipo de cláusulas puedan ser abusivas no quiere decir que lo vayan a ser por las mismas razones que lo son el tipo común de cláusula abusiva, es decir, las que disciplinan el régimen jurídico del contrato<sup>117</sup>.

En el control de abusividad aplicado a este último tipo de cláusulas lo que se va a valorar es la proporcionalidad de la cláusula, el equilibrio o justicia de ese pacto en el contrato, con el objeto de verificar si el predisponente se ha aprovechado de su posición ventajosa para sobrecargar al adherente en la balanza de derechos y obligaciones que hay en el contrato. Para ello, nos serviremos de un “parámetro objetivo de honestidad”<sup>118</sup>, que es la buena fe, entendida como la forma de comportarse de manera leal y equitativa en el sector que se trate (el predisponente se habrá comportado de forma leal y equitativa si ha tenido en cuenta a la hora de redactar el contrato no solo sus propios intereses sino también los del adherente). Una forma de poder enjuiciar el equilibrio y ver si el predisponente se ha comportado conforme a la buena fe, es acudir a las llamadas fuentes de integración del contrato (art. 1258 CC), de la que es destacable la norma dispositiva. De modo que, si atendiendo al derecho dispositivo que prevé el legislador para el supuesto concreto, no se evidencia una diferencia sustancial con lo concretamente pactado, no se podrá considerar a la condición como abusiva. En cambio, si al contraponerla con

116 PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p. 94.

117 Según MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: “Comentario al art. 82 TRLGDCU”, en AA.VV.: *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto Refundido (RD/L 1/2007) y otras Leyes y Reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea* (Dir: Cámara Lapuente, S.), Colex, Madrid, 2011, p. 733.

118 PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p. 101.

la regulación dispositiva es clara una diferencia importante, habrá que atender a las circunstancias del caso para ver si justifican la discrepancia<sup>119</sup>. Ya que es posible que, por ejemplo, en un contrato de préstamo se preste el capital con unas especiales condiciones debido a los considerables riesgos que asume el prestamista en orden a la devolución del crédito.

Por el contrario, en las cláusulas relativas al coste del crédito la contrariedad a la buena fe, que también se analiza atendiendo a un “parámetro objetivo de honestidad” (por tanto, no se tiene en cuenta una posible intención dolosa del predisponente), tiene que ver con que no se haya advertido especialmente de la trascendencia de dichas cláusulas en el contrato para que el consumidor pueda tomar una decisión según lo que mejor le convenga<sup>120</sup>. A saber, en las cláusulas suelo la transgresión de la buena fe se produjo, no porque estas fueran desproporcionadas en atención a la norma dispositiva, sino porque la oferta “engañosa” de préstamos a interés variable (con un diferencial atractivo) unida a una falta de información sobre las denominadas cláusulas suelo y sus efectos, produjo en los clientes una incorrecta valoración de las condiciones principales del contrato y sus consecuencias económicas.

No obstante, que nos sirvamos de un criterio objetivo para valorar si la conducta del predisponente es conforme a la buena fe (recordemos que la transparencia se centra en la conducta del predisponente y no en la representación mental del adherente, para diferenciarlo del error vicio<sup>121</sup>), no supone que hayamos de renunciar a la incidencia que las circunstancias del caso puedan tener en la buena fe<sup>122</sup>. De hecho, si tenemos presente lo que apuntaron la STS 9 mayo 2013 y el ATS 3 junio 2013 aclaratorio de la misma, los criterios para declarar la falta de transparencia de las cláusulas suelo eran orientativos y, en ese sentido, podemos deducir que estos admiten una adecuación al caso concreto. A pesar, de que la misma STS 9 mayo 2013 declarase, sin tener en cuenta las concretas circunstancias de los prestatarios, al ser una acción colectiva, nulas todas las cláusulas contenidas en los contratos en litigio. E incluso, aunque nos enfrentemos a lo dicho por la STS 29 abril 2015, en el marco de una acción individual, que consideró que lo que habíamos de tener en cuenta eran las circunstancias del “adherente medio”, o la STJUE 26 febrero 2015 que dice que debemos enjuiciar la transparencia “teniendo en cuenta el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”. En conclusión, entiendo tal como afirma

---

119 *Ibíd.*, p. 101.

120 Esto viene a decir con otras palabras MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: “Comentario a la Disp. Adic. Primera. Tres de la LCG” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Menéndez, Díez-Picazo y Alfaro) Civitas, Madrid, 2002, p. 934.

121 Desde la STS 9 marzo 2017, cierta doctrina como AGÜERO ORTIZ, A.: “Cláusula suelo”, cit., p. 179, opina que el control de transparencia se corresponde con el control de excusabilidad del error en el consentimiento, pero sin aplicar las consecuencias que le son propias.

122 PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p. 103-105.



Pertíñez Vélchez<sup>123</sup> que sería lícito omitir determinada información, cuando el cliente bancario fuese un registrador, un notario, un banquero, etc.; y esto fuese conocido por la entidad crediticia.

De este modo, tampoco sería descabellado a la hora de enjuiciar la buena fe del predisponente, comprobar las circunstancias concurrentes en la celebración del préstamo hipotecario, como puede ser el conocimiento socialmente extendido de la inclusión de cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios o si en la cuota inicial a pagar ya entraba en juego la cláusula suelo por encontrarse en un momento de bajada del Euribor<sup>124</sup>.

Respecto al segundo presupuesto contenido en el art. 82 TRLGDCU para declarar abusiva una cláusula, el perjuicio al consumidor. Ya hemos puesto de relieve en este trabajo que el incumplimiento de los deberes de información precontractual exigidos por el control de transparencia no conlleva automáticamente la declaración de nulidad de las cláusulas relativas al objeto del contrato, sino que debe posteriormente valorarse su abusividad. Por tanto, una vez incumplido el deber de transparencia, que ya hemos señalado que supondrá al mismo tiempo haber conculcado la buena fe contractual, deberemos comprobar si dicha estipulación produce un perjuicio al consumidor. De lo contrario, como apunta Pertíñez Vélchez<sup>125</sup>, podríamos llegar al sinsentido de declarar nula una cláusula sobre el procedimiento matemático para calcular los intereses remuneratorios por ser ininteligible para el consumidor.

De modo que, en el caso de este tipo de cláusulas, habida cuenta que por respeto a la libertad de mercado y a la imposibilidad de establecer si un determinado precio es equilibrado o desequilibrado, el perjuicio al consumidor se producirá, no porque el interés fuese excesivo o no hubiese un techo para “contrarrestar” los efectos de la cláusula suelo (como se ha llegado a declarar por la jurisprudencia), sino porque el déficit de información le produce al consumidor un desequilibrio de tipo subjetivo, consistente en la “alteración del acuerdo económico que creía haber alcanzado”<sup>126</sup>, con la consiguiente “privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo de entre los varios ofertados” (STS 24 marzo 2015). Al final, concluiría que la falta

123 PERTÍÑEZ VÉLCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p. 105.

124 *Ibid.*, p. 107-108.

125 *Ibid.*, p. 111, el cual apoya su postura con las SSTJUE 3 junio 2010 (Asunto Caja Madrid), 15 marzo 2012 (Asunto Perenicova) y 26 de febrero 2015 (Asunto Matei).

126 Esta tesis que ve un vínculo entre la falta de transparencia y el perjuicio para el consumidor, por lo que ésta puede operar a modo de instrumento para producir el perjuicio, tiene como defensores PERTÍÑEZ VÉLCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., pp. 112-114; DE TORRES PEREA, J. M.: “Nulidad”, cit., pp. 28-30; y ORDUÑA MORENO, F. J., SÁNCHEZ MARTÍN, C. Y GUILLÉN CATALÁN, R.: *Control de transparencia y contratación bancaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 74.

de transparencia en las cláusulas suelo es tanto *condictio sine qua non* para valorar la abusividad como presupuesto de la misma abusividad.

Casado Navarro, en este sentido, tomando como referencia la interpretación que ha dado la conocida sentencia Aziz<sup>127</sup> a los conceptos “desequilibrio importante” y “pese a las exigencias de la buena fe”, concluye que para valorar el posible carácter abusivo de una cláusula relativa al objeto principal del contrato que adolece de falta de transparencia, el juez debe “tener en cuenta la normativa nacional sobre información precontractual, protección al consumidor y aquella que regule el contrato suscrito, así como, los mecanismos de que dispone el consumidor para atacar las cláusulas abusivas. Asimismo, deberá valorar si el consumidor hubiera contratado de conocer la cláusula que de forma subrepticia altera la carga económica del contrato”<sup>128</sup>.

#### 4. El juicio abstracto sobre la transparencia en las cláusulas suelo

Hemos establecido que para determinar si una cláusula suelo es o no transparente, no solo hemos de evaluar aisladamente la conducta del predisponente en orden a como ha reglamentado la cláusula en el contrato, sino también debemos hacerlo “a la vista de todos los elementos pertinentes, entre los que se encuentran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo” (SSTJUE 30 abril 2014 y 26 febrero 2015). Por tanto, entendemos al igual que plantea Pertíñez Vílchez<sup>129</sup>, que para la valoración de la transparencia de las cláusulas deberíamos tener presente entre las circunstancias del caso concreto, las características subjetivas del prestatario y el momento de celebración del contrato.

No obstante, esta no era la idea que estableció la STS 9 mayo 2013, ya que al resolver sobre una acción de cesación que afectaba a una multiplicidad de préstamos hipotecarios no valoraron las circunstancias que en concreto existían en cada contrato (de hecho, sería algo imposible). Todo lo contrario, a pesar de que señaló que la cláusula suelo no es intrínsecamente abusiva, sino solo cuando no es transparente en perjuicio del consumidor (lo que, por lógica, nos haría atender a las circunstancias del caso concreto), paradójicamente declaró abusivas todas las cláusulas suelo de todos los préstamos hipotecarios del conjunto de entidades financieras demandadas. Para ello, se valió de unos parámetros que no se habían cumplido en ninguno de los préstamos, como que no se habían realizado simulaciones de escenarios diversos del futuro comportamiento del índice de referencia o que no se habían facilitado comparaciones con otras modalidades de préstamo de la propia entidad. Es decir, un conjunto de requisitos que, como he señalado en el epígrafe V.2, pueden resultar

127 STJUE 14 marzo 2013 (Asunto C-415/11, Mohamed Aziz vs Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa) (TJCE 2013/89).

128 CASADO NAVARRO, A.: “El control”, cit., p. 12.

129 Pertíñez Vílchez, F.: *La nulidad*, cit., p. 103-108.

un tanto criticables, teniendo en cuenta que el posterior auto aclaratorio no clarificó mucho la cuestión, al decir que ni son exclusivos, ni es necesario que se den todos para que no haya transparencia, e incluso concurriendo alguno cabe la prueba de que se informó correctamente.

De todos modos, el exceso que podríamos criticar a la conocida sentencia no estaría tanto en las obligaciones de transparencia que impone, sino que se introduzcan en un procedimiento que resolvía sobre una acción colectiva<sup>130</sup>. Ya que, de esa forma, se acaba en la práctica universalizando el carácter abusivo de las cláusulas suelo<sup>131</sup>.

En ese sentido, De Torres Perea ha señalado que el TS “ha cruzado el límite de lo razonable al generalizar un presunto comportamiento abusivo”<sup>132</sup>. De hecho, sigue diciendo que parece que el Tribunal Supremo ha planteado una suerte de falta de transparencia colectiva. Y resulta complicado pensar que en todos los supuestos se haya producido una situación de desinformación, tanto por la actuación de los notarios, como de los bancos. Es seguro, que habría clientes bien informados entre los que suscribieron contratos con cláusulas suelo. Por tanto, apunta que si el Supremo considera que la ilicitud de las cláusulas suelo se debe a un déficit de información, la solución vendría dada por el recurso a las acciones individuales y no a la acción de cesación. Dado que, como ilustra, está enfocada a la idea de ilícito concurrential, es decir, a una práctica abusiva que ha afectado o podría afectar a muchos clientes, cosa que no sucede en el caso de las cláusulas suelo, habida cuenta que estas no son en sí mismas abusivas.<sup>133</sup> Asimismo, dicho autor no considera que la problemática de las cláusulas suelo se deba a una falta de información, sino a una deficiencia del sistema que provoca que el cliente bancario llegue “cautivo” a la notaría, al no tener capacidad de negociación, pensar que otro banco no le ofrecería una oferta muy distinta y primar una visión cortoplacista.<sup>134</sup> A saber, al cliente le preocupan las primeras mensualidades del préstamo y aunque se le hubiese informado de los posibles escenarios del índice de referencia, igualmente consentiría el contrato, por considerar la crisis económica como algo inimaginable.

De esta forma, no han sido pocas las sentencias que han declarado casi de forma automática la nulidad de las cláusulas suelo por no resultar acreditados los extremos que impuso la STS 9 de mayo de 2013, en relación al nivel de transparencia exigible. Por ejemplo, la SAP Pontevedra (Sección 1ª), 17 noviembre 2014; la SJMerc, nº 1

130 PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p. 72.

131 *Ibid.*, p. 72.

132 DE TORRES PEREA, J. M.: “Nulidad”, cit., p. 40.

133 *Ibid.*, pp. 42-46.

134 *Ibid.*, pp. 47-48.

Cádiz, 22 diciembre 2015; la SJMerc, n° I Palma de Mallorca, 29 febrero 2016 y la SJMerc, n° I Donostia-San Sebastián, 15 abril 2016<sup>135</sup>, entre otras muchas.

Afortunadamente, está línea que introdujo la STS 9 mayo 2013, al resolver una acción colectiva, de generalizar la abusividad de las cláusulas suelo, estableciendo a posteriori un estándar de información bancaria muy exigente y que difícilmente permitía a los bancos probar que habían informado adecuadamente, ha cambiado recientemente con la nueva STS 9 marzo 2017. La cual pone de manifiesto la necesaria toma en consideración de las circunstancias del caso concreto, para determinar si el banco ha sido transparente a la hora de ofertar el préstamo hipotecario al cliente, y recuerda que la STJUE 26 enero 2017<sup>136</sup>, afirmó que las cláusulas relativas al objeto principal del contrato reguladas por la Directiva 93/13 “sólo quedan exentas de la apreciación sobre su carácter abusivo cuando el tribunal nacional competente estime, tras un examen caso por caso, que han sido redactadas por el profesional de manera clara y comprensible”.

Concretamente, pone de relieve que “en una acción individual como la presente, el juicio sobre la transparencia de la cláusula no tiene por qué atender exclusivamente al documento en el cual está inserta o a los documentos relacionados, como la previa oferta vinculante, sino que pueden tenerse en consideración otros medios a través de los cuales se pudo cumplir con la exigencia de que la cláusula en cuestión no pasara inadvertida para el consumidor y que éste estuviera en condiciones de percatarse de la carga económica y jurídica que implicaba”. De hecho, resulta muy destacable que la sentencia no tiene en consideración algunos parámetros como la inexistencia de simulaciones de escenarios diversos. Así, a la vista de la prueba practicada, concluye que los demandantes resultaron suficientemente informados, atendiendo principalmente a la labor del notario que advirtió de la existencia de la cláusula controvertida y a los tratos preliminares entre el banco y los clientes donde se llegó a negociar un tipo inferior como suelo. Esta novedosa resolución del Alto Tribunal concluye, que la aclaración del ATS 3 junio 2013 ya argumentó que los criterios tenidos en cuenta por la STS 9 mayo 2013, ni eran exhaustivos, ni exclusivos por lo que “a la postre, lo verdaderamente relevante. No (es) que en el análisis del control de transparencia la Audiencia tenga que mencionar todos y cada uno de los parámetros empleados por la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, para poder concluir, en aquel caso, que las cláusulas enjuiciadas superan el control de transparencia. En cada caso, pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia”.

135 SAP Pontevedra (Sección I<sup>a</sup>), 17 noviembre 2014 (Tol 4719489); SJMerc, n° I Cádiz, 22 diciembre 2015 (Tol 5619450); SJMerc, n° I Palma de Mallorca, 29 febrero 2016 (Tol 5696759) y la SJMerc, n° I Donostia-San Sebastián, 15 abril 2016 (Tol 5760951).

136 STJUE 26 enero 2017 (Asunto C-421/14, Banco Primus S.A. vs Gutiérrez García) (TJCE 2017/31).

Para terminar este punto, he de hacer referencia a la flamante STS 8 junio 2017<sup>137</sup>, que ha establecido cuáles con las consecuencias que ha de tener una sentencia estimatoria firme de una acción colectiva ejercitada frente a un banco declarando nula, y, por tanto, abusiva por falta de transparencia una cláusula suelo; cuando con posterioridad se interponen acciones individuales contra la misma entidad por una cláusula igual a la ya juzgada. En primer lugar, la sentencia reconoce que en el caso de las acciones colectivas de cesación de cláusulas abusivas, sus efectos no se reducen únicamente a las partes implicadas en el mismo, sino que son capaces de tener efectos ultra partes, tutelando también los intereses de aquellos consumidores que no forman parte del pleito donde se interpuso la acción colectiva. Así, sienta que la estimación de la acción colectiva no solo debe suponer el cese en el uso de tales cláusulas sino que “también debe traer como consecuencia que en aquellos litigios pendientes en los que se esté ejercitando una acción individual respecto de esta cláusula suelo que venía siendo utilizada por Banco Popular, la regla general sea que el juez aprecie el carácter abusivo de la cláusula por las razones expresadas en aquella sentencia”.

Pero, teniendo en cuenta el “casuismo que impregna” la valoración de la abusividad de las cláusulas por falta de transparencia, ya que esta se debe a un déficit de información, la cuestión es matizable. Habida cuenta que, para determinar en dichas acciones colectivas si ha habido una falta de información se tiene en cuenta al “consumidor medio”. Por tanto, si en el caso de la acción individual concurren circunstancias excepcionales que supongan apartarse de las tenidas en cuenta en el litigio colectivo, como puede ser un consumidor experto en la materia o que la entidad demuestre que sí informó adecuadamente al consumidor, la cláusula podrá ser considerada transparente.

Pues bien, en el caso concreto, en primera y segunda instancia, se consideró que la cláusula suelo impugnada por los demandantes era transparente, aunque con unos argumentos más que cuestionables. La Audiencia Provincial llegó a decir que si bien no se había recalcado que la cláusula era definitoria del objeto principal del contrato, se encontraba enmascarada y no se habían facilitado simulaciones de escenarios diversos ni otras modalidades de préstamo comparativas; la cláusula era transparente porque estaba bien redactada y resultaba comprensible para un adherente medio. Además, ponía énfasis en que uno de los demandantes era licenciado en derecho y asesoraba a empresas mejicanas que querían establecerse en España. Finalmente, el Supremo estimó el recurso de casación y concluyó que no concurrían circunstancias excepcionales que implicasen apartarse del criterio seguido en la anterior acción de cesación. La cláusula suelo era no transparente porque no se había informado correctamente a los demandantes de la carga jurídica y económica que implicaba la cláusula suelo. Igualmente, que el marido fuese licenciado en derecho no lo convertía

---

137 STS 8 junio 2017 (Tol 6157454).

en un experto en banca que comprendiera con claridad que estaba contratando sin un análisis exhaustivo del mismo.

## VI. LA IRRETROACTIVIDAD DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUELO

### I. La limitación temporal *ex nunc* en la STS 9 mayo 2013

La insoslayable STS 9 mayo 2013, una vez declaró la abusividad de las cláusulas suelo por falta de transparencia abordó necesariamente las consecuencias jurídicas que ello implicaba. De este modo, siguiendo lo establecido por el artículo 9.2 LCGC decretó la nulidad de las cláusulas suelo, manteniendo la eficacia de los contratos sin las mencionadas estipulaciones, debido a que éstos podían subsistir sin ellas (“la nulidad de las cláusulas suelo no comporta la nulidad de los contratos en los que se insertan, ya que la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas no supone la imposibilidad de su subsistencia”). Hay que señalar, que por respeto a la jurisprudencia del TJUE, a saber, la STJUE 14 junio 2012<sup>138</sup>, no es posible integrar el contrato, dado que en caso contrario se enervaría la finalidad de la Directiva 93/13, eliminando su efecto disuasorio.

Dicho esto, la consecuencia lógica de la declaración de nulidad se correspondería con el viejo aforismo latino *quod nullum est, nullum effectum producit*. Es decir, tal como marca el art. 1.303 CC “declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que dispone en los artículos siguientes”.

Sin embargo, el Tribunal Supremo de forma sorprendente limitó la retroactividad que lleva aparejada la nulidad de una cláusula abusiva (estableciendo que solo se devolverían aquellas cantidades indebidamente cobradas a partir de la fecha de la sentencia), por una serie de razones que han sido ampliamente criticadas por la doctrina. Comienza su argumentación el Supremo, indicando que “sus efectos [de la declaración de nulidad] no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho”.

Aunque el TS dio muchos motivos para cercenar el inherente efecto de la nulidad, entre ellos el art. 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Los que merecen más atención son: el “grave trastorno al orden público económico”, la buena fe de las entidades financieras y la seguridad jurídica<sup>139</sup>.

138 STJUE 14 junio 2012 (Asunto C-618/10, Banco Español de Crédito S.A. vs Calderón Camino) (TJCE 2012/143).

139 PLAZA PENADÉS, J.: “Del moderno”, cit., p. 1, y PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: *La nulidad*, cit., p. 179.

En cuanto al primero, Plaza Penadés ya ha señalado que le parece un criterio “aparentemente arbitrario e indeterminado”, teniendo en cuenta que la sentencia ni especifica los requisitos ni las pruebas que ha tenido en consideración para alegarlo<sup>140</sup>. Simplemente lo invoca por el riesgo que podría tener para los bancos y, en consecuencia, para la economía nacional que se vieran obligados a la restitución de todas las cantidades indebidamente cobradas. Además, no podemos olvidar que el orden público económico no es un principio que informe nuestro ordenamiento jurídico como parte de las fuentes del derecho. Como apunta De Torres Perea, “este orden público económico que se nos presenta como “una razón de Estado” parece más bien que da lugar a un derecho particular a favor de ciertos lobbies, es decir a favor de los “poderosos” en la nueva estructura social”<sup>141</sup>.

Respecto a la buena fe, el Supremo entiende que los bancos actuaron de buena fe en la medida que su utilización se debía, por ejemplo, a la necesidad de mantener unos rendimientos mínimos. Asimismo, se calculaban para que las primeras cuotas no tuvieran cambios significativos, su ilicitud no es intrínseca, su uso había sido tolerado durante tiempo en el mercado, etc. Ante esto, podemos pensar que los argumentos del Supremo son un tanto incoherentes en la medida que no tiene mucho sentido asegurar, por un lado, que los bancos no se habían comportado de forma contraria a la buena fe y, por otro, establecer que las cláusulas suelo son abusivas. Habida cuenta que la abusividad de una cláusula implica necesariamente la contrariedad a la buena fe, como ya hemos puesto de manifiesto en el trabajo, siguiendo el tenor del art. 82 TRLGDCU.

Por lo que respecta a la seguridad jurídica, Pertíñez Vélchez indica que parece ser que el Alto Tribunal mezcla el supuesto de las declaraciones de inconstitucionalidad del TC y los cambios que se producen en el ordenamiento nacional cuando el TJUE interpreta el Derecho Comunitario, con la labor de hermenéutica jurídica que le corresponde al Tribunal Supremo<sup>142</sup>. Es decir, el principio de seguridad jurídica si encuentra justificación a la hora de limitar los efectos de una sentencia del Tribunal Constitucional cuando declara una ley o un precepto inconstitucional, ya que se han de proteger a aquellas personas que actuaron creyendo que el marco legal era constitucional. También, en aquellos supuestos donde el TJUE, al interpretar el derecho comunitario, provoca un cambio en el derecho nacional, el cual, por así decirlo, se transforma. Por el contrario, cuando el Tribunal Supremo interpreta el ordenamiento interno no crea ni modifica el derecho, por lo que no puede invocarse el principio de seguridad jurídica.

140 PLAZA PENADÉS, J.: “Del moderno”, cit., p. 2.

141 DE TORRES PEREA, J. M.: “Nulidad”, cit., p. 35.

142 Pertíñez Vélchez, F.: *La nulidad*, cit., p. 183 y ss.

En conclusión, podemos decir que el Tribunal Supremo se excedió de sus funciones, en la medida que entró a valorar cuando deben aplicarse los efectos que la ley anuda a la declaración de nulidad, algo que solo puede modificarse por el legislador. Valiéndose para ello de unas razones que no encuentran ningún anclaje jurídico. Da la sensación que el Supremo pretendía encontrar el término medio entre la efectiva protección al consumidor y los intereses de las entidades de crédito<sup>143</sup>. Así, al percatarse de las consecuencias que implicaba estimar una acción de cesación con motivo de la falta de información de los consumidores y al mismo tiempo establecer un elevado listón de transparencia a las entidades de crédito, puede que quisiera compensar a estas últimas estableciendo una limitación a la retroactividad propia de la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas<sup>144</sup>.

## 2. El cambio de criterio a raíz de la STJUE 21 diciembre 2016

La doctrina del Tribunal Supremo sobre los efectos *ex nunc* de la STS 9 de mayo de 2013 se ha mantenido unos años. De hecho, la STS 25 marzo 2015<sup>145</sup> la confirmó, extendiendo su aplicación a los supuestos de las acciones individuales que solo podrían reclamar aquellas cantidades cobradas a partir de la emblemática sentencia.

No obstante, la STJUE de 21 de diciembre de 2016<sup>146</sup> ha dado la vuelta a la tortilla. De este modo, la sentencia primeramente recuerda que la eficacia del Derecho de la Unión exige que si una cláusula es declarada abusiva, en consecuencia esta nunca ha existido y se ha de reponer al consumidor en la situación en la que se encontraría de no haber existido dicha cláusula. Por tanto, el profesional deberá restituir al consumidor lo recibido indebidamente en virtud de la cláusula declarada abusiva.

Dicho esto, determina que no es lo mismo que el Derecho de la Unión permita a los tribunales nacionales aplicar la normativa procesal interna que otorga fuerza de cosa juzgada a una resolución (es decir, mantener las sentencias firmes sobre cláusulas suelo anteriores a la STS 9 mayo 2013), que “la limitación en el tiempo de los efectos de la interpretación de una norma del Derecho de la Unión”. Por consiguiente, si tenemos presente “la exigencia fundamental de una aplicación uniforme y general del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión”. De forma que, la doctrina del Supremo se opone al art. 6.1 de la Directiva 93/13 y

143 DE TORRES PEREA, J. M.: “Nulidad”, cit., p. 49.

144 DE TORRES PEREA, J. M.: “Nulidad”, cit., p. 48.

145 STS 25 marzo 2015 (Tol 4828169).

146 STJUE 21 diciembre 2016 (Asuntos C-154, 307 y 308/15, Gutiérrez Naranjo vs Cajasur Banco S.A.U., Palacios Martínez vs Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. y Banco Popular Español S.A. vs Irlés López y Torres Andreu) (TJCE 2016/309).



“equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente”. Por lo cual, el camino tomado por el TS “sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva”.

En resumen, el TJUE concluye que la jurisprudencia nacional que limita los efectos retroactivos a la declaración de abusividad de las cláusulas suelo es contraria a la Directiva 93/13.

Entonces, tras la sentencia del TJUE, el Tribunal Supremo, en la reciente STS 24 febrero 2017<sup>147</sup>, ha hecho suya la doctrina contenida en la STJUE 21 diciembre 2016 cambiando su criterio anterior y estableciendo que procede la devolución de todas las cantidades percibidas indebidamente desde la celebración del contrato. Porque “las sentencias prejudiciales son obligatorias” y “los jueces nacionales, en su condición de jueces de la Unión, están obligados a salvaguardar la efectividad del Derecho comunitario y su primacía sobre el Derecho nacional conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.

Para finalizar, cabe hacer referencia al ATS 4 abril 2017<sup>148</sup>, que ha inadmitido una demanda de revisión sobre una sentencia firme que aplicó la limitación temporal a la restitución de los intereses cobrados en base a las cláusulas suelo contenida en la STS 9 mayo 2013. Así, dicho auto ha precisado que no es posible solicitar la revisión de una sentencia firme en base a la nueva doctrina dictada en la STJUE 21 diciembre 2016, dado que dicha sentencia no es un documento recobrado según el art. 510.1.1º LEC.

De igual modo, considera que la revisión de las sentencias de los tribunales nacionales a causa de su incompatibilidad con una posterior sentencia del TJUE se rige por los principios de efectividad y equivalencia. El primero supone que no se puede permitir que la protección de la seguridad jurídica llegue a tal punto “que impida o dificulte gravemente la eficacia del Derecho de la Unión, por ejemplo, porque permita proyectar hacia el futuro los efectos de la cosa juzgada y extenderlos a situaciones sobre las que no haya recaído resolución judicial definitiva con posterioridad a la sentencia de TJUE que contradiga lo afirmado en la sentencia

<sup>147</sup> STS 24 febrero 2017 (Tol 5970011).

<sup>148</sup> ATS 4 abril 2017 (Tol 6019556).

del tribunal nacional". Y el segundo, implica que se deba revisar una sentencia firme nacional si es contraria a la jurisprudencia dictada con posterioridad del TJUE, pero solamente "si el ordenamiento interno establece que cuando se dicte una sentencia que modifique la jurisprudencia procederá la revisión de sentencias firmes de fecha anterior que sean incompatibles con la nueva jurisprudencia". Evidentemente, este no es el caso del ordenamiento español. Por tanto, el principio de equivalencia no obliga a España a revisar las sentencias firmes en base a la nueva doctrina del TJUE.

Así pues, coincido plenamente con este golpe de timón que le ha recordado al Tribunal Supremo que no es posible limitar la protección que dispensa el Derecho a la Unión a los consumidores. Ya que su eficacia exige una aplicación completa y uniforme en toda la UE, sin que los tribunales nacionales puedan moderar las consecuencias que supone la declaración de abusividad de una cláusula predispuesta. Pero, al mismo tiempo, estos pronunciamientos son respetuosos con la seguridad jurídica, habida cuenta que han mantenido los efectos de la cosa juzgada. De lo contrario, no sería conforme a este pilar fundamental de nuestro ordenamiento jurídico que los pronunciamientos judiciales fuesen revisados cada vez que se produce un cambio jurisprudencial.

## VII. ASPECTOS PROCESALES CONTROVERTIDOS SOBRE LAS CLÁUSULAS SUELO

### I. La acción de restitución de los intereses indebidamente cobrados

Una vez ya hemos tratado cuales son los efectos que conlleva la declaración de abusividad de las cláusulas suelo por un defecto de transparencia, se impone necesariamente establecer qué régimen de ineficacia se aplica a este supuesto, en orden a la reclamación judicial de las cantidades indebidamente cobradas.

Si consideramos que las cláusulas suelo son abusivas cuando no son transparentes, como he mantenido a lo largo de la presente obra, deberemos aplicar el régimen de ineficacia que el ordenamiento jurídico español aplica a las cláusulas abusivas. En su día, la STS 9 mayo 2013 ya declaró la nulidad de pleno derecho (si bien con efectos *ex nunc*) de las cláusulas suelo impugnadas después de confirmar su abusividad, porque en virtud del art. 83 TRLGDCU "las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas". Hace poco, la STS 8 junio 2017 ha seguido con esta doctrina, confirmando la nulidad de las cláusulas suelo por un defecto de transparencia y, asimismo, ha diferenciado claramente el control de excusabilidad del error en la anulabilidad por vicio del consentimiento, de la valoración que se realiza en el ámbito del control de transparencia de las condiciones generales relativas al objeto principal del contrato en contratos con consumidores. De hecho, concluye que: "mientras que en la primera [evaluación de la transparencia] se realiza un control más objetivo de la cláusula y del proceso de contratación, en la segunda

[enjuiciamiento por error vicio] las circunstancias personales de los contratantes son fundamentales para determinar tanto la propia existencia del error como, en caso de que exista el error; la excusabilidad del mismo, y es necesario que el error sea sustancial por recaer sobre los elementos esenciales que determinaron la decisión de contratar y la consiguiente prestación del consentimiento". De este modo, y siguiendo el desarrollo jurisprudencial posterior, podemos afirmar con seguridad, que el régimen aplicable a la abusividad por falta de transparencia es la nulidad de pleno derecho.

Pues bien, si la cláusula suelo no transparente es, en consecuencia, nula de pleno derecho, la declaración de nulidad, como defiende numerosa jurisprudencia, será imprescriptible<sup>149</sup> y la acción de restitución de las cantidades indebidamente cobradas derivada de la declaración de nulidad también lo sería. De hecho, jurisprudencialmente se ha considerado que la restitución es un efecto *ex lege*, que surge automáticamente una vez declarada la nulidad, y que ni siquiera exigiría petición de parte, el propio juez la puede acordar en el mismo fallo de la sentencia<sup>150</sup>. A mi parecer, el único límite que cabría invocar a la imprescriptibilidad de la acción restitutoria sería el ejercicio de los derechos conforme al principio de buena fe, recogido en el art. 7.1 CC. Así, este límite vendría a impedir el ejercicio desleal de la acción restitutoria que tendría plasmación en la interposición de demandas completamente extemporáneas, esto es, una demanda interpuesta, por ejemplo, 30 años después de la consumación del contrato.

Sin embargo, esta postura, que vendría a estar respaldada por el clásico régimen de ineficacia del Derecho Civil español en el cual tiene especial protagonismo el binomio nulidad-anulabilidad, no es defendida por el conjunto de la doctrina. A este respecto, es de nuevo digno de destacar Carrasco Perera que en su reciente artículo "La acción para reclamar intereses pagados en virtud de una cláusula suelo está prescrita cuando han transcurrido cuatro años desde que el contrato hipotecario ha sido consumado y cancelado"<sup>151</sup>, ha defendido una posición totalmente distinta.

Como se puede ver en el título de la obra, el profesor Carrasco opina que la acción de restitución no es imprescriptible. Más bien, afirma que, a diferencia de la simple declaración de nulidad, la restitución ha de estar sometida a plazo, lo contrario sería "absurdo"<sup>152</sup>. Carrasco arranca su argumentación de un hipotético supuesto de hecho, es decir, como operaría la acción de restitución en un contrato de préstamo

149 SSTS 29 abril 1997 (Tol 5114539), 14 marzo 2000 (Tol 4926918) y 23 octubre 2002 (Tol 225568).

150 SSTS 24 febrero 1992 (Tol 1661477), 6 octubre 1994 (Tol 1665472) y 24 septiembre 2008 (Tol 1378515).

151 CARRASCO PERERA, A.: "La acción para reclamar intereses pagados en virtud de una cláusula suelo está prescrita cuando han transcurrido cuatro años desde que el contrato hipotecario ha sido consumado y cancelado", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2017, núm. 21°.

152 CARRASCO PERERA, A.: "La acción", cit., p. 100.

hipotecario ya finalizado que contuviese una cláusula suelo no transparente aún no reclamada.

A este respecto, para llegar a la conclusión del supuesto planteado y que ya expone en el titular de su trabajo, se apoya en dos elementos fundamentalmente. El primero de ellos sería, según pienso, una aclaración que realizó la oportuna STJUE 21 diciembre 2016 sobre los límites del principio de restitución universal, concretamente que es compatible con el Derecho de la Unión la existencia de un “plazo razonable de prescripción”. El segundo sería la existencia de otras teorías sobre la nulidad contractual diferentes a la concepción clásica que tradicionalmente ha defendido la doctrina. No debemos olvidar que, por ejemplo, “la categoría de la nulidad relativa o anulabilidad ha sido una creación doctrinal acogida por la jurisprudencia, sobre la base de la defectuosa regulación legal del Código Civil”<sup>153</sup>. La poca claridad normativa queda patente en los artículos correlativos al 1.300 CC, que parece que se refieran solo a los contratos que pueden ser anulados, dejando una apariencia de ausencia de regulación sobre la nulidad radical del contrato (no hay un solo artículo del Código Civil que diga que la declaración de nulidad de pleno derecho es imprescriptible).

Dicho esto, por razones de claridad expositiva, voy a centrarme en explicar cuál es la propuesta de Carrasco sobre el régimen de ineficacia que les corresponde a las cláusulas suelo. Después, retomaré el primer elemento en mis conclusiones sobre esta concreta cuestión.

El profesor Carrasco para apuntalar su postura trae a colación los postulados de Pasquau, Delgado y Parra sobre la teoría de las nulidades. En relación con el primero, señala que “la nulidad es el predicado común, la sanción a toda suerte de ineficacia original”<sup>154</sup>. Mientras que de los segundos, pone en valor dos ideas a las que da suma importancia, que tanto los contratos nulos como anulables son ineficaces “ab initio” y que hemos de diferenciar el régimen que le sería aplicable a la declaración de nulidad (la cual sería imprescriptible), del régimen que le correspondería a la acción de restitución (su ejercicio estaría sometido a plazo).<sup>155</sup> Es decir, Carrasco entiende que mientras el ejercicio de la acción declarativa no tendría una limitación temporal (solamente precisaría de un interés en el actor), la acción de restitución sí (la cual entraría en juego cuando quien la ejercita ha realizado algún tipo de prestación en el contrato). Además, añade a su argumentación la llamada “concepción funcional de las nulidades”, que ya tiene cabida en el art. 1.179 del Código Civil francés, según la cual “la nulidad será absoluta cuando la regla violada tenga por objeto la

153 DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L.y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil: Volumen II (Tomo I): El contrato en general. La relación obligatoria*, Tecnos, Madrid, 10ª ed., 2012, p. 93.

154 CARRASCO PERERA, A.: “La acción”, cit., p. 96.

155 *Ibid.*, p. 97.

salvaguarda del interés general. Será relativa cuando la regla violada tenga por objeto la salvaguarda del interés privado.”<sup>156</sup>

En definitiva, lo que plantea es que el Código Civil no distingue entre anulabilidad y nulidad, por lo que las categorías no son inamovibles y el aparente sistema cerrado de anulabilidad que hay en el art. 1301 CC, en realidad, tiene carácter expansivo. Por ejemplo, apunta que resulta evidente que no es un sistema de *numerus clausus* cuando el legislador ha extendido la anulabilidad al defecto de forma que aparece en el art. 100 TRLGDCU. Al final, considera que el legislador puede establecer el régimen que le corresponda a cada supuesto en función de si el interés que se protege es privado o público<sup>157</sup>.

Llegados a este punto, Carrasco señala que la abundante jurisprudencia relativa a las cláusulas suelo ha considerado mayoritariamente, que la razón por la cual no se ha llegado al estándar de transparencia en muchos préstamos hipotecarios ha sido el déficit de información. Son muchas las sentencias que vinculan el control de transparencia con la información que le es exigible a la entidad bancaria. Asimismo, como he tenido la ocasión de remarcar en el presente trabajo, más recientemente se ha entendido que el control de transparencia no es un parámetro meramente abstracto, sino un sistema que permita comprobar si el consumidor, atendidas las circunstancias del caso concreto, ha tenido la oportunidad real de conocer la carga económica y jurídica que implica la cláusula suelo. Por tanto, con una visión ciertamente perspicaz Carrasco pone de relieve que, “si la patología contractual es del tipo informacional que afecta a la prestación cabal del consentimiento, se trata entonces de una patología perteneciente a la clase de la anulabilidad”<sup>158</sup>. Es decir, en los casos en los cuales solo se tutelen intereses privados y no haya, en consecuencia, una transgresión del ordenamiento por contenido prohibido u orden público, se puede extender analógicamente el régimen de nulidad relativa del contrato, que se caracteriza por el plazo, la legitimación más limitada, la posibilidad de confirmar el contrato, etc.

Por último, cierra el artículo estableciendo cuál sería el *dies a quo* para la acción de restitución de cuatro años, si admitimos que la sanción que le corresponde a las cláusulas suelo es la nulidad relativa. Así, valiéndose de lo que indica la ley (art. 1.301 CC) y lo que ha venido sentando la jurisprudencia, concluye que la acción para reclamar las cantidades indebidamente cobradas comenzará a correr desde el momento de la consumación del contrato. Para el caso de los préstamos hipotecarios, cuando la relación jurídica haya terminado por cualquier causa<sup>159</sup>.

---

<sup>156</sup> *Ibid.*, p. 97.

<sup>157</sup> CARRASCO PERERA, A.: “La acción”, cit., p. 97.

<sup>158</sup> *Ibid.*, p. 95.

<sup>159</sup> *Ibid.*, p. 105.

Desde mi punto de vista, a pesar de que la propuesta de Carrasco es ciertamente interesante y nos hace preguntarnos si sería más conveniente acoger otra concepción sobre la nulidad en nuestro Derecho Civil, opino que la interpretación que realiza sobre el sistema de nulidades aplicado a las cláusulas suelo choca con el Derecho de la Unión.

Me explico. Si retomamos el primer elemento sobre el que apoya su postura, esto es, que resulta compatible con el Derecho de la Unión la existencia de un plazo razonable de prescripción, ello no quiere decir que necesariamente deba ser así. La ya lejana STJUE 3 junio 2010 apuntó que era compatible con el Derecho de la Unión una normativa nacional que permitiese el control de abusividad de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato. Sin embargo, ello no significaba que se permitiese con carácter general, en toda la Unión, que las cláusulas relativas al objeto principal del contrato pudiesen ser declaradas abusivas. Sencillamente, lo que quería decir era que la Directiva 93/13/CEE es una directiva de mínimos y, por consiguiente, dejaba abierta la puerta a que los Estados Miembros ampliasen la protección que la norma dispensaba a los consumidores. Repito, solo ampliar la protección de la que gozan los consumidores en la Unión Europea.

Además, si tenemos presente los principios de efectividad del Derecho de la Unión y no vinculación de los consumidores a las cláusulas abusivas, que han sido entonados recientemente por la jurisprudencia del TJUE<sup>160</sup>, la cuestión queda más clara. No parece razonable que, si existe "la obligación [de los Estados miembros] de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores" y "la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula", el método más adecuado para ese fin sea la nulidad relativa de las cláusulas suelo (que no sé si también con ello plantea la posibilidad de que la cláusula suelo pueda llegar a ser confirmada por el propio consumidor). Del mismo modo, tampoco parece que tenga mucho sentido que, por una defensa a ultranza de la seguridad jurídica, un consumidor no pueda solicitar la restitución de las cantidades indebidamente cobradas tras cuatro años desde la finalización del préstamo, cuando la cláusula suelo ha sido declarada abusiva y, por tanto, nula de pleno derecho por innumerables sentencias.

Para qué deberíamos modificar el régimen de ineficacia que se aplica a las cláusulas suelo y replantearnos los cimientos de la nulidad contractual, si con ello solo conseguiríamos poner en una situación más desfavorable al consumidor. Todo lo contrario, sí que parece razonable aplicar la máxima sanción posible en derecho contractual a las cláusulas suelo, si con ello se consigue disuadir a las entidades bancarias

---

160 V. gr. STJUE 21 diciembre 2016, o también la más reciente STS 4 julio 2017 (Tol 6201972).

de que sigan incluyendo cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios. Más aun, cuando la jurisprudencia del Supremo ha avalado reiteradamente el carácter abusivo de las cláusulas suelo si en ellas concurre un defecto de transparencia. De hecho, en la reciente STS 16 octubre 2017<sup>161</sup> se ha puesto de manifiesto que la consecuencia de la falta de transparencia en las cláusulas suelo es la nulidad, sin que sea posible la convalidación de la cláusula suelo. A mayor abundamiento, desvincula totalmente el supuesto de anulabilidad por error vicio, de la nulidad por abusividad tras no haber superado el control de transparencia, ya que, entre otros motivos, "no es posible otorgar al consumidor una protección menor que la que otorga la institución de la nulidad de pleno derecho en otros campos del ordenamiento jurídico pues, de otorgar una protección inferior, se infringiría el principio de equivalencia del Derecho de la Unión Europea".

Por este motivo, considero que la postura que defiende Carrasco sobre la aplicación del régimen de nulidad relativa a las cláusulas suelo no es posible, ya que viene a limitar la protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas.

## 2. Cláusulas suelo y costas procesales

La importancia de los principios de efectividad del Derecho de la Unión y no vinculación de los consumidores a las cláusulas abusivas siguen cobrando cada vez más protagonismo en el ámbito de las cláusulas suelo. A este respecto, solo hay que poner sobre la mesa la muy ilustrativa STS 4 julio 2017, que desde mi punto de vista, ha confirmado la importancia decisiva que tienen estos dos principios para la resolución de los diferentes conflictos que pueden surgir en relación con las cláusulas abusivas.

Esta sentencia plenaria del Supremo aparece como respuesta a la situación que se había creado tras la STJUE 21 diciembre 2016, en lo referente a las costas procesales de las instancias. Habida cuenta que el cambio que provocó dicha sentencia en la doctrina del Tribunal Supremo sobre la limitación de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, implicaba irremediabilmente casar las sentencias de las audiencias provinciales (sobre las que, lógicamente, se hubiese interpuesto recurso de casación) que, en su día, acogieron la doctrina del Alto Tribunal sobre la limitación de efectos. Y eso, necesariamente, exige un nuevo pronunciamiento sobre las costas.

Pues bien, en la STS 4 julio 2017 el Tribunal Supremo adopta un criterio uniforme sobre a quién le corresponde el pago de las instancias siguiendo el principio general de vencimiento objetivo, en relación con el principio de no vinculación del

---

161 STS 16 octubre 2017 (Roj: 3721/2017).

consumidor a las cláusulas abusivas y el principio de efectividad del Derecho de la Unión.

Si bien es cierto, que el propio Tribunal Supremo reconoce que “la tesis del banco no carece de fundamento”, cuando este último apunta que a lo largo del proceso habían existido serias dudas de derecho. Asimismo, destaca que la Audiencia había cumplido con la jurisprudencia del Supremo y mediante el Acuerdo de 27 de enero de 2017 se había establecido que “el carácter sobrevenido de la doctrina jurisprudencial podrá tomarse en consideración para resolver sobre las costas”. Finalmente, la Sala decide hacer prevalecer la protección al consumidor frente a la seguridad jurídica por los siguientes motivos:

“1.ª) El principio del vencimiento, que se incorporó al ordenamiento procesal civil español, para los procesos declarativos, mediante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, es desde entonces la regla general, pues se mantuvo en el art. 394.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, de modo que la no imposición de costas al banco demandado supondría en este caso la aplicación de una salvedad a dicho principio en perjuicio del consumidor:

2.ª) Si en virtud de esa salvedad el consumidor recurrente en casación, pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación en las instancias, o en su caso de informes periciales o pago de la tasa, no se restablecería la situación de hecho y de derecho a la que se habría dado si no hubiera existido la cláusula suelo abusiva, y por tanto el consumidor no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos. En suma, se produciría un efecto disuasorio inverso, no para que los bancos dejaran de incluir las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios sino para que los consumidores no promovieran litigios por cantidades moderadas.

3.ª) La regla general del vencimiento en materia de costas procesales favorece la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión y, en cambio, la salvedad a dicha regla general supone un obstáculo para la aplicación de ese mismo principio.”

A mayor abundamiento, añade un cuarto punto en su argumentación el cual también pone de relieve la constante oposición del banco a las pretensiones de la otra parte, incluso cuando ya era claro que el consumidor llevaba razón por el cambio de doctrina jurisprudencial.

Por tanto, el Supremo estima el recurso de casación, casa la sentencia recurrida e impone las costas de segunda instancia al banco recurrido. Se mantienen las costas



de primera instancia por confirmación de la sentencia de primera instancia y no se condena a las costas de casación en virtud del art. 398.2 LEC.

No obstante, no todos los magistrados de la Sala estaban de acuerdo en hacer prevalecer de forma tan marcada la protección al consumidor frente a otro principio muy trascendental de nuestro ordenamiento jurídico como es la seguridad jurídica. De esta forma, tres magistrados discrepantes con la opinión mayoritaria han firmado el único voto particular de la sentencia apuntando que “la propia sentencia Gutiérrez Naranjo reconoce la prevalencia a la seguridad jurídica, al advertir que la protección del consumidor no es absoluta, tiene ciertos límites, entre los que resalta la cosa juzgada”, por lo que no es óbice para el cumplimiento del principio de efectividad del Derecho de la Unión que los consumidores tengan que soportar sus propios gastos judiciales.

Igualmente, manifiestan la necesidad de que las resoluciones judiciales sean predecibles, “de ahí la necesidad de unificar doctrina”. Así que, para nada se puede criticar el comportamiento de la Audiencia y el recurso de apelación interpuesto por el banco que confiaron en la doctrina del Tribunal Supremo y en ese sentido acomodó su resolución el Tribunal de segunda instancia. Así, entienden que en este supuesto cobra significado la excepción prevista para el vencimiento objetivo en el caso que existan serias dudas de derecho, dado que cuando el banco contestó la demanda, como cuando interpuso el recurso de apelación aún no se había dictado la STS 25 marzo 2015 que vino a clarificar la cuestión. Además, es relevante que la jurisprudencia que ha modificado el criterio de la Sala se pueda calificar de sobrevenida.

Por consiguiente, opinan que no habría ningún impedimento para que entrase en juego la excepción al vencimiento objetivo, por concurrir serias dudas de derecho. Simplemente, para no imponer las costas a los bancos se exigiría una motivación más rigurosa al juez por afectar a la tutela de los consumidores.

## VIII. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN OTROS ÓRDENES JURISDICCIONALES

### I. La Administración puede sancionar el uso de cláusulas abusivas sin sentencia previa.

Para terminar, quisiera poner en valor que la importancia que han alcanzado las cláusulas abusivas en los últimos años es de tal magnitud, que incluso han trascendido de la esfera civil afectando al ámbito administrativo. El propio TRLGDCU en su Título IV habilita a la Administración para que sancione todas aquellas infracciones tipificadas en materia de defensa de consumidores y usuarios, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan ocurrir (art. 46.1), entre ellas “la introducción de cláusulas abusivas en los contratos” (art. 49.1.i)).

A este respecto, cabe destacar la STS (Sala 3ª) 16 septiembre 2017<sup>162</sup> que ha declarado que los bancos pueden ser sancionados por la utilización de cláusulas abusivas sin que sea preciso una “declaración judicial en el orden civil” sobre su carácter abusivo.

Dicha sentencia tiene lugar tras la interposición de un recurso en interés de la Ley por la Junta de Andalucía contra una sentencia del TSJ de Andalucía, que había anulado cuatro multas impuestas por la Secretaría General de Consumo andaluza a Unicaja por cláusulas abusivas. Con dicho recurso, a diferencia de uno de casación, se pretendía impedir que la doctrina emanada del TSJ se consolidara causando un perjuicio gravemente dañoso para el interés general, por la errónea interpretación que realizaba no solo de la Ley andaluza 13/2003 de Defensa de los Consumidores, sino también del Texto Refundido de la Ley General Defensa de los Consumidores y Usuarios.

El Supremo entiende que si seguimos los argumentos del TSJ se “desapodera a la Administración de la potestad sancionadora en la materia de consumidores y usuarios, concretamente en una actividad tan sensible como la introducción de cláusulas abusivas. Dicho de otro modo, cuando la sentencia remite, para la fijación del carácter abusivo de las cláusulas, a una previa declaración de la jurisdicción civil, se está bloqueando la aplicación del catálogo de infracciones que describe el Texto Refundido Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, además de la Ley andaluza citada”.

Por tanto, dice el Tribunal Supremo que no podemos imponer la necesidad de una prejudicialidad civil para permitir a la Administración sancionar en materia de cláusulas abusivas, cuando el propio Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios habilita y es título bastante para ello. De hecho, la propia norma recoge el concepto de cláusula suelo y los distintos ilícitos en los cuales se puede incurrir, sin que en ningún momento exija un previo pronunciamiento judicial. No obstante, ello no impide que la eventual sanción que se imponga pueda ser recurrida en vía contencioso-administrativa.

De esta forma, el Alto Tribunal fija como doctrina, sin perjuicio del respeto a la situación jurídica particular derivada del fallo de la sentencia recurrida, que: “La Administración puede sancionar la utilización de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores y usuarios en aplicación de los tipos infractores previstos en Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en relación con los artículos 82 y 85 a 90 , sin necesidad de previa declaración judicial del orden civil”.

---

162 STS (Sala 3ª) 16 septiembre 2017 (Roj: 3731/2017).

## IX. CONCLUSIONES

Llegados a este punto podemos dar por concluido el trabajo, una vez hemos revisado, a mi parecer, de forma satisfactoria las cuestiones más destacables y controvertidas relativas a las cláusulas suelo.

Para empezar, creo que se ha delimitado de forma correcta qué podemos entender por control de transparencia. A saber, como un parámetro fiscalizador que recae sobre la cláusula predispuesta relativa al objeto principal del contrato y nos permite comprobar si el predisponente ha informado de forma correcta y suficiente al adherente consumidor, con el objeto de garantizar una comprensión real. La cual va más allá de la mera comprensión gramatical y legibilidad de la cláusula predispuesta, y supone que de la propia configuración de la reglamentación contractual, así como de la información precontractual, los tratos preliminares proporcionados por el predisponente o incluso otros medios, el consumidor sea capaz de conocer en base a criterios sencillos cuáles son las consecuencias económicas y jurídicas que se derivan a su cargo. En definitiva, tener un cabal conocimiento de todo aquello que implica el contrato, para poder tomar la decisión que sea más acorde a sus intereses.

Igualmente, se ha señalado con apoyo en la doctrina y la jurisprudencia que el control de transparencia se encontraría residenciado en la norma amplia que es el art. 82 TRLGDCU, dando lugar a un supuesto de cláusula abusiva por falta de transparencia en la medida que se cumplan sus dos presupuestos básicos: la contrariedad a la buena fe y el desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor. No obstante, la abusividad de la cláusula suelo no derivaría de un desequilibrio objetivo consistente en su carácter desproporcionado, sino de un desequilibrio de tipo subjetivo en la medida que de forma subrepticia se altera el acuerdo económico que creía haber alcanzado el consumidor, por ser la oferta de las mismas “engañosa”. El presunto préstamo a interés variable se transforma a la postre en un préstamo a interés mínimo fijo. La transgresión de la buena fe radicaría en el mismo déficit de información en que incurre el predisponente, no comportándose de forma leal con el consumidor. En ese sentido, veríamos cumplida la tesis, que postulo junto con parte de la doctrina, sobre que el art. 4.2 de la Directiva 93/13 no bloquea *in totum* el control de contenido en las cláusulas relativas al objeto principal del contrato. En realidad, de su tenor literal podemos extraer que en aquellos casos en los cuales tales cláusulas no cumplan con el estándar de transparencia exigible, se impondría un juicio sobre la abusividad de las mismas.

También, a lo largo del trabajo se han puesto de relieve las controversias que ha suscitado el control de transparencia en las cláusulas suelo, de las cuales sobre todo destacaría, la falta de seguridad jurídica, el juicio abstracto llevado a cabo por la STS 9 mayo 2013 y la limitación temporal de los efectos de la declaración de

nulidad en las cláusulas suelo. Sin embargo, como se ha manifestado en el trabajo, algunos de esos problemas como el juicio abstracto que implicó la estimación de la acción colectiva interpuesta por Ausbanc y los efectos *ex nunc* instaurados por la STS 9 mayo 2013, han sido recientemente solventados por la jurisprudencia gracias a la reciente STJUE 21 diciembre 2016 y a la también novedosa STS 9 marzo 2017. De todos modos, aún mantiene consistencia la crítica relativa a su inseguridad jurídica, habida cuenta que hemos de tener siempre presente que los parámetros establecidos por la STS 9 mayo 2013 no son exhaustivos, ni exclusivos. Por lo que, si bien, hemos aplaudido que la STS 9 marzo 2017 ha puesto sobre la mesa que en las acciones individuales se han de examinar las circunstancias del caso concreto para valorar si se ha cumplido con la exigencia de transparencia, eso posiblemente aún genera más inseguridad jurídica, ya que resulta más difícil establecer con certeza que requisitos ha de cumplir la oferta de la entidad crediticia para superar el estándar de transparencia. Todo esto me lleva a concluir que lo más recomendable sería legislar definitivamente el control de transparencia, con el objeto de fijar con total seguridad cuál es su delimitación, cuáles son las obligaciones de transparencia materiales que deben asumir las entidades financieras y que consecuencias llevaría aparejada su contravención.

Por último, quiero decir que lamentablemente por la complejidad del tema y las propias limitaciones de extensión que conlleva la publicación en una revista, algunas cuestiones se han quedado en el tintero y serían dignas de analizar en una posterior publicación. Por ejemplo, me gustaría haber reflexionado sobre la extensión del control de transparencia a los pequeños empresarios<sup>163</sup>, a pesar de lo fijado por la STS 3 junio 2016<sup>164</sup> en relación a una persona que celebra un préstamo para adquirir un local donde instalar una farmacia. Me pregunto qué diferencia hay entre un farmacéutico o un mecánico cuando contrata un préstamo para su farmacia o taller; y luego cuando lo celebra para la adquisición de su vivienda habitual. Resulta un tanto absurdo que en el primer caso no se encuentre protegido por la legislación de consumo al actuar dentro de su profesión, y en el segundo sí. Cuando en ambos supuestos la persona es la misma, tiene los mismos conocimientos y la idéntica situación de inferioridad en el momento en que contrata con una gran compañía bancaria.

---

163 PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F.: "Buena fe ex art. 1258 CC y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios", *Indret*, 2016, núm. 4º; reflexiona sobre otros métodos de protección como puede ser el art. 1258 CC. Sobre este tema, también resulta ilustrativo CARRASCO PERERA, A.: "De nuevo sobre el "control de transparencia" y el "control de contenido" en contratos celebrados entre no consumidores", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2017, núm. 21º.

164 STS 3 junio 2016 (Tol 5745035), según la cual el control de transparencia no se extiende a quien no tenga la condición de consumidor.

## X. BIBLIOGRAFÍA

AGÜERO ORTIZ, A.: “Cláusula suelo transparente porque el consumidor tuvo un conocimiento de la misma: ¿Existe alguna diferencia entre el control de transparencia y la evaluación del consentimiento?”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2017, núm. 21º

ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991.

ÁLVAREZ OLALLA, M.P.: “Última jurisprudencia en materia de cláusulas suelo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2017, núm. 5º.

CÁMARA LAPUENTE, S.: “El control de cláusulas abusivas sobre el precio: De la STJUE 3 junio 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, núm. 6º.

-“Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2015, Tomo LV.

CARRASCO PERERA, A.: “La acción para reclamar intereses pagados en virtud de una cláusula suelo está prescrita cuando han transcurrido cuatro años desde que el contrato hipotecario ha sido consumado y cancelado”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2017, núm. 21º.

-“De nuevo sobre el “control de transparencia” y el “control de contenido” en contratos celebrados entre no consumidores”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2017, núm. 21º.

CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E.: “El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, núm. 7º.

CASADO NAVARRO, A.: “El control de transparencia como “llave” del control de contenido de las cláusulas contractuales predispuestas”, *LA LEY mercantil*, 2015, núm. 11º.

CHAPARRO MATAMOROS, P.: “La nulidad, por falta de transparencia, de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario. Comentario a la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088)”, *Revista boliviana de derecho*, 2014, núm. 18º.

DE TORRES PEREA, J. M.: "Nulidad de cláusula suelo por falta de transparencia fundada en una insuficiente información del cliente bancario. En especial, sobre la idoneidad de su impugnación mediante el ejercicio de la acción de cesación", *Revista Jurídica Valenciana*, 2014, núm. 2°.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil: Volumen II (Tomo I): El contrato en general. La relación obligatoria*, Tecnos, Madrid, 10ª ed., 2012, p. 93.

GÓMARA HERNÁNDEZ, J. L.: *Cláusulas suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas: soluciones judiciales y extrajudiciales*, col. Claves prácticas, Francis Lefebvre, Madrid, 2017.

MAGRO SERVET, V.: "Consecuencias de la sentencia del TJUE sobre cláusulas abusivas", *Diario La Ley*, 2017, núm. 8901°.

MARTÍN FABA, J. M.: "Dos hitos en materia de cláusula suelo: La falta de transparencia comporta su abusividad, y que el banco deba satisfacer los intereses legales desde que se hicieron cada uno de los pagos indebidos", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2017, núm. 22°.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: "Comentario a la Disp. Adic. Primera. Tres de la LCG" en AA.VV.: *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Menéndez, Díez-Picazo y Alfaro) Civitas, Madrid, 2002.

- "Comentario al art. 82 TRLGDCU", en AA.VV.: *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras Leyes y Reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea* (Dir. Cámara Lapuente, S.), Colex, Madrid, 2011.

MÚRTULA LAFUENTE, V.: *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, col. Derecho del Consumo, Reus, Madrid, 2012.

ORDUÑA MORENO, F. J., SÁNCHEZ MARTÍN, C. Y GUILLÉN CATALÁN, R.: *Control de transparencia y contratación bancaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

PLAZA PENADÉS, J.: "Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo", *Diario la Ley*, 2013, núm. 8112°.

- "Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la "irretroactividad" de las cláusulas suelo", *Diario La Ley*, 2015, núm. 8547°.

PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F.: *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Navarra, 2004.

-“Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *Indret*, 2013, núm. 3º.

-“Buena fe ex art. 1258 CC y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios”, *Indret*, 2016, núm. 4º.

- *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

SÁNCHEZ MARTÍN, C.: “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas. Su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria”, *Diario La Ley*, 2013, núm. 8112º.

-“El verdadero control de transparencia de las cláusulas predispuestas. Su definitiva plasmación y fundamentación técnica”, *Diario La Ley*, 2015, núm. 8491º.

NOTAS SOBRE EL PATRIMONIO EN EL DERECHO  
VENEZOLANO

NOTES OF THE PATRIMONY IN VENEZUELAN LAW

*Rev. Boliv. de Derecho* N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 272-305





María  
CANDELARIA y  
Carlos PÉREZ

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 23 de enero de 2017

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de junio de 2017

**RESUMEN:** El artículo sistematiza analíticamente los aspectos fundamentales de la institución del "patrimonio" en el Derecho Civil Venezolano, a la vez que considera referencias doctrinales foráneas, pues se trata de una figura de interés universal. Se ofrece así un breve panorama del tema en sus aspectos fundamentales, tales como: noción, naturaleza jurídica, características, elementos y teorías. Finalmente se cierra con referencias a los supuestos particulares que configuran los patrimonios separados, así como los patrimonios autónomos, para culminar con una breve reseña de la responsabilidad patrimonial, garantía básica del Derecho Civil.

**PALABRAS CLAVE:** Patrimonio, capacidad patrimonial, responsabilidad patrimonial, atributo, patrimonio separado, patrimonio autónomo.

**ABSTRACT:** The article systematizes the fundamental aspects of the institution of patrimony in Venezuelan Civil Law, while considering foreign doctrinal references, since it is a figure of universal interest. It offers a brief overview of the theme in its fundamental aspects: notion, legal nature, characteristics, elements and theories. Finally, it closes with references to the separate patrimony, as well as the autonomous patrimony, to culminate with a brief account of the patrimonial responsibility, basic guarantee of Civil Law.

**KEY WORDS:** Patrimony, patrimonial capacity, patrimonial responsibility, attribute, separate patrimony, autonomous patrimony.

**SUMARIO.-** I. NOCIÓN. NATURALEZA JURÍDICA- II. CARACTERÍSTICAS.- 1. Legalidad.- 2. Unidad.- 3. Identidad.- 4. Flexibilidad.- 5. Autonomía.- 6. Garantía o afectación a la satisfacción de sus acreedores.- 7. Instrumentalidad.- III. ELEMENTOS.- IV. TEORÍAS.- 1. Tesis clásica o teoría del patrimonio-personalidad.- 2. La doctrina o teoría del patrimonio-afectación.- 3. Teoría negativa o atomista.- 4. Teoría mixta o ecléctica.- V. PATRIMONIOS SEPARADOS.- VI. PATRIMONIO AUTÓNOMO.- VII. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.- VIII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. NOCIÓN. NATURALEZA JURÍDICA<sup>1</sup>

Etimológicamente proviene del latín *patrimonium*, relativo al conjunto de bienes que adquiriría el hijo de sus ascendientes. Su sentido técnico es más amplio y su origen como entidad abstracta no se remonta al Derecho Romano clásico<sup>2</sup>. El patrimonio viene dado por el conjunto de deberes y derechos que presentan carácter económico o patrimonial y son susceptibles de ser valorados en dinero o

- 1 Véase: KUMMEROW, G.: *Bienes y Derechos Reales*, 5ª ed., Mac Graw Hill, Colombia, 2001 (Revisión técnica: L. SÁNCHEZ), pp. 1-28; EGAÑA, M.S.: *Bienes y Derechos Reales*, Escelicer, Madrid, 1964, pp. 13-48; AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Derecho Civil II, Cosas, Bienes y Derechos Reales*, 12ª ed., UCAB, Caracas, 2011, pp. 453-471; OCHOA GÓMEZ, O. E.: *Bienes y Derechos Reales Derecho Civil II*, UCAB, Caracas, 2008, pp. 63-84; AVELEDO MORASSO, L. E.: *Las cosas y el derecho de las cosas. Derecho Civil II*, Paredes, Caracas, 2006, pp. 23-36; PIÑA VALLES, O.: *Bienes y Derechos Reales. Esquemas Prácticos*, Vadell Hermanos, Caracas-Valencia-Venezuela, 2014, pp. 21-28; BLONVAL LÓPEZ, M.: *Derecho civil: Bienes*, Ediciones del Rectorado de la Universidad de Carabobo, Valencia, 1976, pp. 9-20; CARRILLO L., C. O. y F. MÁRQUEZ DE KRUPJ: *Lecciones de Derecho Civil II*, Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho, Mérida, 1989, pp. 133-169; GRATERÓN GARRIDO, M.: *Derecho Civil II: Bienes y Derechos Reales*, 4ª ed., Ediciones Paredes, Caracas, 2010, pp. 23-47; LA ROCHE, A. J.: *Derecho Civil II*, Impresora Nacional S.A., Maracaibo, 1981, pp. 79-93; LOUIS COLMENARES, A.: *Derecho civil II: Bienes y Derechos Reales (Guía y Materiales para su estudio por Libre Escolaridad)*, Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, U.C.V., Caracas, 1995, pp. 11-27; SÁNCHEZ BRITO, E.: *Derecho Civil Bienes*, 2ª ed., Universidad de Carabobo, Valencia, 2012, pp. 17-68; PLANIOL, M. y G. RIPERT: *Derecho Civil*, Colección Clásicos del Derecho, Colección Textos Jurídicos Universitarios, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1996 (Trad. Leonel Perezniesto Castro), pp. 355-357; HERRERA VILLANUEVA, J. J.: "El patrimonio", *DR Colegio de Notarios del Distrito Federal*, 2014, pp. 67-99; HANISCH E., H.: "El patrimonio en el Derecho romano", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 4, 1977, pp. 11-92; MAZEUD, H. y otros *Lecciones de Derecho Civil*, Parte Primera, Vol. I, *Introducción al estudio del Derecho Privado. Derecho Objetivo. Derecho Subjetivo*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1976 (Trad. L. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO), pp. 426-458. Citaremos también los apuntes tomados por María C. Domínguez G. en el período académico 1990-91 en la asignatura Derecho Civil II Bienes y Derechos Reales en la Escuela de Derecho de la Universidad Central de Venezuela del profesor Enrique Lagrange, que serán referidas como "LAGRANGE, E.: *Apuntes*, cit."
- 2 HERRERA VILLANUEVA, J.J.: "El patrimonio", cit., p. 68; LAGRANGE, E.: *Apuntes*, cit., etimológicamente la palabra patrimonio proviene de dos vocablos latinos "patri" y "monio" asociada a un sentido más limitado, a saber, los bienes recibidos por una persona de sus ascendientes. Su acepción técnico-jurídica es más compleja

### • María Candelaria Domínguez Guillén

Abogada/Doctora en Ciencias mención "Derecho"/Especialista en Derecho Procesal. Profesora Titular de Derecho Civil I Personas/Derecho Civil III Obligaciones, Universidad Central de Venezuela. Correo electrónico: mariacandela1970@gmail.com.

### • Carlos Pérez Fernández

Abogado/Especialista en Derecho Administrativo/Profesor Asistente por concurso de oposición de Derecho Civil II Bienes y Derechos Reales, Universidad Central de Venezuela. Especialista en Derecho Procesal, Universidad Católica Andrés Bello. Correo electrónico: carlosperez999@hotmail.com

pecuniariamente<sup>3</sup>. Debe tomarse en cuenta por tal, tanto el aspecto activo como la faz pasiva del patrimonio, a lo que se agrega que constituya una “universalidad de derecho”<sup>4</sup>.

El patrimonio, atendiendo a la teoría subjetiva -cuyos postulados fundamentales veremos *infra* IV, es así el conjunto, complejo o suma (no una unidad sustantiva e independiente), de las relaciones jurídicas activas y pasivas (es decir, derechos y obligaciones) susceptibles de valoración pecuniaria de la que es titular una persona<sup>5</sup>.

En la doctrina venezolana la tendencia que predomina es la de entender que el factor de conexión entre los elementos que lo integran, es la atribución de la titularidad a una persona. Otros en cambio, lo definen basándose únicamente en la teoría del patrimonio afectación, así por ejemplo para Rogel puede entenderse por patrimonio “la masa de bienes destinada a un fin común y sometida a unas normas específicas de gestión y a una misma esfera de responsabilidad”<sup>6</sup>.

No obstante, existen autores para los cuales la noción de patrimonio, en sentido técnico-civil ha sufrido una profunda evolución y sostiene que resulta ser “una entidad multiforme, compuesta por el conjunto de situaciones susceptibles de una valoración económica (entendida como estimación pecuniaria) unificadas por la ley en función de su pertenencia a un sujeto o de una finalidad unitaria”<sup>7</sup>, o “el conjunto de derechos y de obligaciones, dotados de un contenido económico, que se encuentra en una situación unitaria por su agrupación en torno a una titularidad, sea ésta la de una persona o la de un fin”<sup>8</sup>.

Nótese que en estas dos últimas definiciones se parte de la idea de que la unidad en unos casos resulta de la atribución a un mismo titular y en otros de la afectación a un fin común. En cambio, para Martín Azcano quien cuestiona abiertamente estas nociones, los dos juegan un rol fundamental para que se produzca la cohesión, dado

3 Véase: PLANIOL, M. y G. RIPERT: *Derecho Civil*, cit., p. 355, conjunto de derechos y obligaciones estimables en dinero; EGAÑA, M.S.: *Bienes*, cit., p. 14, es el conjunto de deberes y derechos de contenido patrimonial; KUMMEROW, O.: *Bienes*, cit., p. 2, el patrimonio ha de ser valorable en dinero, bien sea a través de un valor de cambio de un valor de uso; PIÑA VALLES, O.: *Bienes*, cit., p. 21, conjunto de derechos y obligaciones que tiene carácter pecuniario, es decir, susceptibles de ser valorados en dinero y sean aptos para satisfacer necesidades económicas; BIONDI, B.: *Los Bienes*, Bosch, Barcelona, 2003 (Traducción de la segunda edición italiana, revisada y ampliada, con anotaciones sobre el Derecho español, por A. MARTÍNEZ RADIO), pp. 180-181, la totalidad de las relaciones y situaciones que tienen por titular a una persona constituye su esfera jurídica: se comprenden relaciones activas y pasivas, de naturaleza diversa (públicas y privadas, patrimoniales y extrapatrimoniales) pero de este amplio espectro, el patrimonio solamente abarca las que tienen contenido económico, valuable en dinero; DOMÍNGUEZ GUILLEN, M.C.: *Diccionario de Derecho Civil*, Panapo, Caracas, 2009, p. 124, totalidad de derechos y obligaciones apreciables o capaces de ser valorados pecuniariamente y que constituyen una unidad jurídica.

4 KUMMEROW, G.: *Bienes*, cit., p. 3.

5 LAGRANGE, E.: *Apuntes*, cit.

6 ROGEL VIDE, C.: *Derecho de la Persona*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 145-146.

7 Véase: SCHOUPE, J.P.: *Derecho Patrimonial Canónico*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 2007, pp. 43-44 (cita a DURANTE).

8 MORO ALMARAZ, M.J. y SÁNCHEZ CID, I.: *Nociones Básicas de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 112.

que el patrimonio constituye un conjunto unitario de derechos y obligaciones, cuya cohesión obedece a la finalidad impuesta por el ordenamiento y cuya titularidad está atribuida –o es atribuible– a una persona. En su criterio, el mérito de la teoría mixta –que comentaremos *infra*–, radica en determinar el papel desempeñado en el patrimonio por la persona y el fin, en virtud de que mientras la primera permite establecer las relaciones jurídicas que deben tomarse en cuenta, el segundo las unifica<sup>9</sup>.

En estos últimos casos nos encontramos entonces ante propuestas de definición que podríamos denominar como derivadas de la teoría mixta o ecléctica y a las que se adhiere la mayoría de la doctrina actual<sup>10</sup>, dado que integran como factores de unión de los componentes del patrimonio, tanto a la atribución de la titularidad a una persona (teoría subjetiva o del patrimonio personalidad), como a la afectación a un fin común (teoría objetiva o del patrimonio afectación).

El patrimonio está pues constituido por un conjunto de obligaciones y derechos y no por un conjunto de “bienes”, que en realidad constituyen el objeto de los derechos que integran el patrimonio<sup>11</sup>. Por lo que el patrimonio en sí mismo no es objeto de derechos<sup>12</sup>. Ello salvando la hipótesis controvertida de la “venta de la herencia”<sup>13</sup>, que para algunos representa un supuesto de transmisión del patrimonio<sup>14</sup>.

Se alude a patrimonio “bruto” como la suma de los valores del activo y del pasivo. Se sostiene que hay dos posiciones en la doctrina acerca de lo que debe entenderse por patrimonio bruto: para unos comprende la suma de los valores del activo y otros estiman que está representado tanto por el activo como el pasivo,

9 MARTÍN AZCANO, E. M.: *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad. Aspectos Civiles*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 17-18 y 58-60.

10 *Ibid.*, p. 18.

11 EGAÑA, M.S.: *Bienes*, cit., pp. 14 y 15; HERRERA VILLANUEVA: “El patrimonio”, cit., p. 100, su contenido comprende derechos reales, derechos personales, obligaciones reales y obligaciones personales, susceptibles de valoración pecuniaria.

12 EGAÑA, M.S.: *Bienes*, cit., p. 16.

13 Véase: CRISTÓBAL MONTES, A.: *La Venta de la Herencia*, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1968, p. 17, señala que la venta de herencia tiene por objeto, como admiten la casi generalidad de los autores, el contenido económico entero de la herencia (activo y pasivo), el complejo unitario inescindible, acervo patrimonial, *universum ius* o caudal relicto que la herencia supone en cuanto comprensiva de todos los bienes, derechos y obligaciones (titularidades) del difunto en los que se subrogó o sucedió el heredero. Dicho autor indica que cuando se vende una herencia no tienen lugar tantas ventas como objetos singulares compongan la herencia, sino una sola venta, de una cosa única, basándose, entre otros argumentos en que cuando se indica en el artículo 1556 del Código Civil, que siempre que no se hayan especificado los objetos de que se compone la herencia, el vendedor “no está obligado sino a garantizar su calidad de heredero”, queda evidenciado que al no obligarse al heredero-vendedor al saneamiento de cada uno de los objetos singulares de la masa hereditaria, es la herencia en su conjunto (unidad superior a la simple suma de los elementos que la componen), esto es la herencia como *universitas iuris*, lo que se contempla como el objeto de la compraventa.

14 Véase: CARRILLO L., C. O. y F. MÁRQUEZ DE KRUPJI: *Lecciones*, cit., pp. 143-144, señalan que por actos *inter vivos* se admite excepcionalmente la transmisión del patrimonio en el caso de la venta de la herencia. Véase en sentido contrario: EGAÑA, M.S.: *Bienes*, cit., p. 17, para quien la venta de una herencia no constituye una hipótesis de venta de un patrimonio, sólo se enajenan unos elementos que formaron parte del patrimonio del *de cuius*, pero no el patrimonio en sí mismo.

identificándolo así como el patrimonio general. Y se alude también a patrimonio “neto” para referir los valores del activo previa deducción del pasivo<sup>15</sup>. Si el activo es superior al pasivo nos encontramos con un haber patrimonial. Hay solvencia cuando el activo es igual al pasivo. Por el contrario, si el pasivo es superior al activo, nos encontramos ante un déficit patrimonial o insolvencia<sup>16</sup>. Otros reseñan que el sentido puede variar<sup>17</sup>.

Se señala que no debe confundirse el patrimonio con la “capacidad patrimonial” pues el primero puede ser expresado en cifras económicas en un momento determinado, y no es la posibilidad de adquisición de esos derechos y obligaciones. Aunque ciertamente se precisa capacidad patrimonial para llegar a tener patrimonio<sup>18</sup>.

La doctrina clásica considera el patrimonio como uno de los atributos de la personalidad constituido por la universalidad jurídica compuesta por todos los derechos y obligaciones de carácter pecuniario<sup>19</sup>. El patrimonio se funda en la personalidad pero “no es un simple atributo de esta”<sup>20</sup>. Los atributos son inmanentes o necesarios a toda persona, pero su carácter fundamental es individualizar al sujeto, como acontece con el nombre civil, la sede jurídica o el estado civil. De allí que dudamos de la función individualizadora del patrimonio aunque ciertamente todo sujeto posee un conjunto de derechos y deberes susceptibles de valoración económica<sup>21</sup>. Sin embargo, autores como Cifuentes se enfocan mayormente en la idea de que el atributo lo posee toda persona al margen de su función individualizadora y de allí que “incluya” al patrimonio dentro de esa categoría<sup>22</sup>. Para otros, el patrimonio

15 CARRILLO L., C. O. y F. MÁRQUEZ DE KRUPPI; *Lecciones*, cit., p. 149, por ello los tratadistas sostienen que no tienen patrimonio neto los sujetos cuyo pasivo es superior al activo patrimonial; LAGRANGE, E.: *Apuntes*, cit., lo más sensato es concluir que está conformado por unos y otros (derechos y deberes, esto es, activo y pasivo). Entre el activo se ubican todos los derechos transmisibles y susceptibles de valoración pecuniaria (no algunos como la obligación alimentaria). El pasivo está compuesto por obligaciones que pueden ser satisfechas por elementos del activo. El activo y el pasivo son indisolubles; SÁNCHEZ BRITO, E.: *Derecho*, cit., p. 20, la expresión patrimonio neto tiene que ver con el uso de la noción desde el punto de vista económico o contable.

16 HERRERA VILLANUEVA, J.J.: “El patrimonio”, cit., p. 90.

17 Véase: LOUIS COLMENARES, A.: *Derecho*, cit., p. 18, cita a TRABUCCHI, “la palabra patrimonio se usa para denotar tan sólo (...) todos los derechos valorables en dinero (patrimonio bruto), mientras que en su significado económico el patrimonio se considera desde un punto de vista ‘neto’, o sea, como conjunto de valores que resultan después de detraer el pasivo (...) Se habla inexactamente de conjunto de patrimonio como complejo de bienes y no de relaciones, cuando se dice vulgarmente que el patrimonio del deudor es la garantía de los acreedores”.

18 EGAÑA, M.S.: *Bienes*, cit., pp. 18 y 19; BIONDI, B.: *Los Bienes*, cit., p. 182, sostiene que cualquiera tiene la posibilidad jurídica de tener un patrimonio, lo cual se vincula a la figura abstracta de capacidad jurídica, pero ello no debe confundirse con la noción de patrimonio, que está referida a la efectiva y concreta titularidad de relaciones jurídicas.

19 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno. Sentencia del 3 de agosto de 2005. Expediente 1909.

20 AGUILAR GORRONDONA, J.L.: *Derecho*, cit., p. 465.

21 Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Manual de Derecho Civil I Personas*, Paredes, Caracas, 2011, pp. 120 y 121; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: “Los atributos de las personas”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, núm. 147, Caracas, 2009, pp. 201-236.

22 A la par de la capacidad jurídica o de goce. Véase autores citados en: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Manual de Derecho Civil I Personas*, cit., p. 121, nota al pie 519.

no es un atributo de la personalidad<sup>23</sup>. El patrimonio ha de ser considerado en un momento preciso de la existencia de la persona<sup>24</sup>.

La teoría fundamental y dominante del Derecho de Bienes es la del “patrimonio”, debatiéndose sobre tal sin que aparezca la utilidad práctica de sus discusiones<sup>25</sup>. De hecho, a la par de las dos teorías fundamentales que veremos<sup>26</sup>, surgen las teorías “negatorias” que sostienen que el patrimonio no existe como institución o categoría jurídica, puesto que no se encuentra reconocido como tal en el ordenamiento, sino que se trata de una elaboración doctrinaria innecesaria y sin fundamento legal<sup>27</sup>. Y se llega a afirmar que la más novedosa doctrina que estudia el Derecho de Bienes prescinde del concepto por considerarlo innecesario, pues cuando el Código Civil alude al patrimonio lo refiere como sinónimo de bienes, es decir técnicamente como universalidades<sup>28</sup>.

Otros, en cambio, reseñan las importantes funciones que tiene la institución del patrimonio dentro del tráfico jurídico y de la vida misma de las personas, mencionando las siguientes: a) constituye un medio de vida y es el instrumento para cubrir las necesidades humanas de cualquier orden; y, b) representa la garantía de los acreedores para el cobro de las deudas dentro del ámbito del derecho de obligaciones en aplicación del principio de responsabilidad patrimonial<sup>29</sup>. Rogel afirma que la figura del patrimonio sirve para explicar los siguientes fenómenos: el ámbito objetivo de la responsabilidad por deudas, la sucesión “mortis causa” y la sumisión de determinados conjuntos de bienes a un régimen específico y unitario de gestión y administración<sup>30</sup>.

Para Aguilar Gorrondona es un concepto básico del Derecho Civil que permite relacionar muchas instituciones del Derecho Privado y explicarlas a la luz

23 Véase: HERRERA VILLANUEVA, J.J.: “El patrimonio”, cit., p. 99, porque pueden existir personas sin patrimonio, aunque no patrimonio sin persona.

24 BONNECASE, J.: *Tratado Elemental de Derecho Civil*, edit. Pedagógica Iberoamericana, Colección Clásicos del Derecho, México, 1995 (Trad. E. FIGUEROA ALFONZO), p. 467, y constituye una universalidad de derecho, pues comprende un conjunto de bienes que tiene un activo y un pasivo que en sentido abstracto es distinto a los elementos que lo componen.

25 *Ibid.*, p. 9.

26 Véase *infra* IV.

27 HERRERA VILLANUEVA, J.J.: “El patrimonio”, cit., p. 88; GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, E.: *El Patrimonio. El Pecuniario y el Moral o Derechos de la Personalidad y Derecho Sucesorio*, México, Editorial Porrúa, S.A., 1990, p. 43, la teoría del patrimonio “es algo que a la postre desaparecerá de los textos jurídicos, y que nunca se ha incorporado a los Códigos en forma sistemática, ni se llegara a adoptar en ellos”, y cita seguidamente a Leopoldo Aguilar, para quien “la teoría del patrimonio elaborada por los juristas, cualquiera que sea, es una abstracción lógica innecesaria”. Véase también negando toda utilidad a la teoría del patrimonio: COVIELLO, N.: *Doctrina General del Derecho Civil*, UTEHA, México, 1949, pp. 278-281.

28 HERRERA VILLANUEVA, J.J.: “El patrimonio”, cit., p. 90.

29 MORO ALMARAZ, M.J. e I. SÁNCHEZ CID: *Nociones*, cit., p. 113.

30 ROGEL VIDE, C.: *Derecho*, cit., p. 146. Véase en el mismo sentido: CASTÁN TOBEÑAS, J.: “En torno a la teoría del patrimonio”, *Revista de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 1-4, 1950-2, pp. 29 y 31, quien coincide en estos planteamientos y afirma que a estas alturas no hay duda del interés teórico y práctico de la idea del patrimonio, de la que se sirve la ciencia jurídica para explicar múltiples instituciones.

de una visión global, así por ejemplo, los modos de adquirir a título universal, la responsabilidad del deudor, la transmisión hereditaria, el resarcimiento del daño, la acción de enriquecimiento sin causa, la acción oblicua y la acción pauliana<sup>31</sup>.

También Rivero afirma “que es una institución y un concepto que hoy en efecto, difícilmente pueda ignorar ya la ciencia jurídica (y los juristas prácticos), y de la que se hace un uso mayor en todos los ámbitos normativos”, además del civil, el mercantil, tributario o penal, por lo que el problema actualmente es “afinar en su concepto, adecuarlo a nuestro ordenamiento, y evitar que nos desborde” para lograr establecer su alcance de acuerdo con sus justos límites<sup>32</sup>.

Aun cuando no hay duda de que los elementos del patrimonio se encuentran en una situación unitaria: aquí se origina uno de los puntos más controvertidos de la concepción del patrimonio, como lo es el de su *naturaleza jurídica*, y al respecto existen varias teorías: para unos el patrimonio es una *universitas* (que sería la concepción clásica, francesa, subjetivista o del patrimonio personalidad), para otros es una suma de derechos y obligaciones (concepción germánica, moderna, objetivista o del patrimonio afectación), y no faltan quienes entiendan que se trata de una *universitas iuris* (que sería mixta de las otras dos teorías)<sup>33</sup>.

Martín Azcano, siguiendo a Goma Salcedo indica que “el patrimonio, mientras permanece estático, no es *universitas*. En cuanto se halla en trance de transmisión, de cambio de titularidad, deviene *universitas iuris*, es considerarlo *sub especie universitatis* en todo cuanto se refiera a dicha transmisión. La *universitas iuris* es un patrimonio en acción”<sup>34</sup>.

La teoría del patrimonio personalidad “acude a la abstracción de considerar al patrimonio como una universalidad jurídica distinta de los elementos que la componen”<sup>35</sup>. Dentro de este tema revisaremos (*infra* IV) los postulados de estas

31 AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Derecho*, cit., p. 456.

32 RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “Teoría General del Patrimonio”, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos* (Coord. M. GARRIDO MELERO y J. M. FUGARDO ESTIVILL), t. I., Bosch, Barcelona 2005, p. 55.

33 MORO ALMARAZ, M.J. e I. SÁNCHEZ CID: *Nociones*, cit., p. 112. Véase en cambio: LARROUMET, Ch.: *Derecho Civil: Introducción al estudio del derecho privado*, Legis, Colombia, 2008, p. 310, “Todo el mundo está de acuerdo en admitir que el patrimonio constituye una universalidad jurídica”.

34 MARTÍN AZCANO, E. M.: *El patrimonio*, cit., pp. 47-54.

35 Véase: PUIG PEÑA, F.: *Introducción al Derecho Civil Español Común y Foral*, Atenea, Caracas, 2008, pp. 404-406, y esta es la posición, entre otros, de Colín y Capitant, para quienes “las modificaciones que se produzcan en el número de los elementos que le componen, las fluctuaciones que reduzcan el activo o el pasivo, no alteran el carácter de la universalidad ni le impiden subsistir como una entidad distinta. Los derechos que componen el patrimonio pueden extinguirse y ser reemplazados por otros, las deudas pueden igualmente desaparecer y dejar sitio a otras y hasta ocurrir que las sumas de las obligaciones excedan del valor total de los bienes; que el pasivo sea superior al activo”. En cambio, la doctrina moderna, representada por Fadda y Bensa, “no aprecia tal universalidad. Roguin en su obra las reglas jurídicas entiende que el patrimonio sólo consta de una simple yuxtaposición de objetos, de derechos particulares, porque la relación jurídica en que el objeto es el patrimonio de una persona, no es de naturaleza específica, distinta de las demás relaciones jurídicas, ya que en las relaciones jurídicas de las cosas individualmente consideradas, aunque éstas formen parte de un patrimonio, conservan su propia naturaleza y aunque se transmita en conjunto, no por eso dejan de obedecer cada una a sus

teorías, tomando en cuenta que en el ordenamiento jurídico venezolano, al igual que ocurre en los pertenecientes al “grupo francés” no existe una normativa general de las entidades patrimoniales y que el estudio del patrimonio debe realizarse partiendo de las normas dispersas contenidas en el Código Civil y en algunas leyes especiales<sup>36</sup>.

## II. CARACTERÍSTICAS<sup>37</sup>

Dejando de un lado los caracteres que son marcadamente representativos y particulares en atención a alguna de las teorías sobre el patrimonio, consideramos que son notas características las siguientes:

### I. Legalidad.

Un conjunto de relaciones jurídicas solamente puede ser considerado patrimonio cuando el derecho positivo lo eleva a esa categoría, determinando el régimen jurídico que le resulta aplicable. Implica que los particulares no pueden crear conjuntos patrimoniales fuera de los casos tipificados por el ordenamiento jurídico respectivo, por lo que a los efectos de su creación rige el criterio del número cerrado y supone su sujeción a la disciplina legal, dado que cumple funciones que trascienden al mero interés individual del titular; lo que acarrea que las cuestiones referidas al mismo son de orden público; de todo ello se deriva que los particulares no pueden crear, separar, reunir o disolver conjuntos patrimoniales, por ser una materia sujeta a la aplicación imperativa de las leyes<sup>38</sup>.

### 2. Unidad.

La pluralidad de los diversos elementos que integran el patrimonio se consideran unidos de modo ideal y forman una sola entidad que será objeto de un mismo tratamiento, lo cual no contradice la posibilidad de los patrimonios separados, por cuanto, cuando existen, la unidad es predicable tanto del patrimonio general como del separado<sup>39</sup>.

---

reglas respectivas”. Para Ferrara, la universalidad no suprime la individualidad de los objetos que la componen. Ruggiero sostiene “que el patrimonio ‘en algunas ocasiones y para ciertos fines’ es considerado por la ley como una unidad orgánica –*universitas iuris*- y tratado como un solo todo independientemente de los derechos que lo componen, así por ejemplo, el patrimonio del difunto y el del quebrado son considerados a los efectos de la sucesión y del procedimiento de quiebra, como universalidades jurídicas”.

36 KUMMEROW, G.: “La Transformación del Patrimonio en el Derecho Civil Moderno (Con especial referencia al derecho venezolano)”, *Ponencias Venezolanas al Congreso Internacional de Derecho Comparado*, Upsala, Agosto de 1966, Publicaciones del Instituto de Derecho Privado, Caracas, 1966, p. 71, por no existir una normativa especial destinada a la regulación del patrimonio de manera global, la doctrina “necesariamente ha de partir de una elaboración semejante a la que ha sido experimentada en los demás países cuya legislación se recorta sobre el grupo francés” (ibid, p. 84).

37 AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Derecho*, cit., pp. 465-467; PIÑA VALLES, O.: *Bienes*, cit., p. 21.

38 MARTÍN AZCANO, E. M.: *El patrimonio*, cit., pp. 60-61. En el mismo sentido véase: ROGEL VIDE, C.: *Derecho*, cit., p. 146.

39 MARTÍN AZCANO, E. M.: *El patrimonio*, cit., p. 61; CARRILLO L., C. O. y F. MÁRQUEZ DE KRUPJ: *Lecciones*, cit., p. 168. Con esa misma perspectiva ROGEL VIDE, C.: *Derecho*, cit., pp. 146-147, indica que cada patrimonio es único y distinto de los bienes que lo componen o puedan componerlo y esa unidad se mantiene independientemente de los



### 3. Identidad.

Considerada como una consecuencia de la unidad, consistente en que aun cuando pueda variar su contenido, su naturaleza y caracteres se mantienen inmutables y permanece idéntico a través del tiempo, porque su esencia reside en la consideración unitaria que le otorga el Derecho<sup>40</sup>.

### 4. Flexibilidad.

Nos demuestra cómo en esa universalidad los elementos pueden variar, desaparecer o ser sustituidos, en razón de que aun cuando la voluntad del sujeto en todos los casos no es determinante en la formación del patrimonio, sí lo es en la variación de sus componentes<sup>41</sup>.

### 5. Autonomía.

La independencia del patrimonio presenta un doble significado, por una parte la libertad para disponer y administrar sus componentes con las limitaciones que exceden del interés privado atendiendo a las funciones que cumple; y por la otra, supone que cada patrimonio responde de sus deudas (autonomía absoluta, perfecta, plena o de primer grado), con la salvedad de que en ciertas situaciones excepcionales, un patrimonio puede responder con su activo, del pasivo del otro, que son los casos en que se hable de autonomía parcial, imperfecta, preferente o de segundo grado<sup>42</sup>.

### 6. Garantía o afectación a la satisfacción de sus acreedores.

Es una característica innegable vinculada al activo patrimonial, basta con citar el aforismo de que "quien se obliga compromete lo suyo", para revelar esta nota<sup>43</sup>. Siendo la responsabilidad patrimonial reflejo evidente de la garantía o afectación enunciada (véase *infra* VII).

---

bienes que comprende en un momento determinado y de que éstos puedan cambiar en el futuro, añadiendo que la noción de subrogación real gira en torno a esta característica.

40 MARTÍN AZCANO, E. M.: *El patrimonio*, cit., pp. 61 y 62.

41 CARRILLO L., C. O. y F. MÁRQUEZ DE KRUPJ: *Lecciones*, cit., p. 168; CARNELUTTI, F.: *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Vol. II, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, Buenos Aires, 1993, p. 578, el "patrimonio es una *universitas* en continuo devenir y sujeto a una continua transformación; su composición cambia más o menos rápidamente y, por consecuencia, su valor disminuye o aumenta. Las causas de la transformación son materiales o jurídicas: bienes viejos desaparecen y nuevos se forman (una cosa se destroza; un animal nace); varias cosas separadas van a formar una cosa compuesta o ésta se escinde en varias cosas separadas; una cosa se vende o dona; otra se adquiere a título gratuito a título oneroso".

42 MARTÍN AZCANO, E. M.: *El patrimonio*, cit., pp. 62-63. En ese mismo sentido véase: ROGEL VIDE, C.: *Derecho*, cit., pp. 146-148.

43 CARRILLO L., C. O. y F. MÁRQUEZ DE KRUPJ: *Lecciones*, cit., p. 168; VON THUR, A.: *Derecho Civil Los derechos subjetivos y el patrimonio*, vol. I, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 315-319, su nota característica más importante es que todos los derechos patrimoniales juntos forman en concepto de patrimonio el objeto en que incide la responsabilidad del sujeto a quien pertenecen, para el pago de sus deudas -afectación a la satisfacción de sus acreedores.

## 7. Instrumentalidad.

Desde dos puntos de vista, en primer lugar como figura jurídica cuya utilidad práctica radica en permitir explicar el funcionamiento de otras instituciones, y en segundo lugar, como el medio que tiene "la persona para desarrollar las actividades que le permitan la consecución de sus objetivos"<sup>44</sup>. Esto pues es bien sabido que el ser humano precisa de elementos pecuniarios para el logro de sus necesidades.

### III. ELEMENTOS.

Entre sus elementos constitutivos se distinguen activos (derechos) y pasivos (obligaciones o cargas)<sup>45</sup>. Por lo que patrimonio está compuesto por derechos y también por obligaciones. Los derechos que tienen relevancia desde el punto de vista pecuniario pueden ser: reales, de crédito e intelectuales.

Para Ochoa Gómez el activo del patrimonio comprende los bienes, los derechos reales, los derechos de crédito o acreencias e incluso las acciones judiciales y está constituido por: a) Los derechos reales principales y accesorios, propiedad, usufructo, servidumbres, uso, habitación (derechos reales limitados), etc., b) Los derechos personales o de crédito con o sin garantías, sean éstas personales o reales, los salarios, los honorarios profesionales, las comisiones y las participaciones en un negocio jurídico, y, c) Los derechos intelectuales, propiedad intelectual, propiedad artística (derechos de autor) o la propiedad industrial (patentes, marcas comerciales, denominaciones comerciales, lemas comerciales); mientras que el pasivo del patrimonio lo constituyen todas las obligaciones pecuniarias o apreciables en dinero en las cuales la persona ocupa la posición de deudor y que tienen por objeto prestaciones de dar, hacer y no hacer<sup>46</sup>.

Ha de tratarse, como puede verse, de relaciones jurídicas de contenido pecuniario, a saber, que sean aptas para la satisfacción de las necesidades económicas<sup>47</sup>.

44 MARTÍN AZCANO, E. M.: *El patrimonio*, cit., p. 63.

45 Véase: OCHOA GÓMEZ, O. E.: *Bienes*, cit., p. 78; CARRILLO L., C. O. y F. MÁRQUEZ DE KRUPJI: *Lecciones*, cit., p. 167, modernamente, con excepción del derecho alemán, en el que el patrimonio está compuesto sólo por derechos, se ha impuesto la tesis de que el patrimonio está integrado por los derechos y obligaciones de una persona valorables en dinero. En la concepción moderna de patrimonio no es correcto sostener, como lo hacen algunos autores, que está integrado por los derechos (activo) y no por las obligaciones (pasivo), partiendo de que el patrimonio de una persona aparece desde el punto de vista jurídico civil y de la responsabilidad, como el depósito del que pueden hacer extracción los acreedores del titular del patrimonio, en tanto sea suficiente, a fin de satisfacerse por sus créditos. Véase entre los autores que incluyen solamente el activo como componente del patrimonio: LARENZ, K.: *Derecho Civil. Parte General*, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Jaén, 1978, pp. 405-407; CARRILLO L., C. O. y F. MÁRQUEZ DE KRUPJI: *Lecciones*, cit., p. 138 (se cita a VON THUR y BETTI).

46 OCHOA GÓMEZ, O. E.: *Bienes*, cit., pp. 78-80; LOUIS COLMENARES, A.: *Derecho*, cit., pp. 23 y 26, cita a ENNECERUS y NIPPERDEY, quienes sostienen que el patrimonio también comprende "la posesión en tanto en cuanto (según algunos autores alemanes) es un derecho subjetivo".

47 EGAÑA, M.S.: *Bienes*, cit., p. 17; MESSINEO, F.: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, T. III, p. 261, indica que los elementos constitutivos del patrimonio y el patrimonio mismo, tienen como característica la de ser aptos para satisfacer necesidades (económicas) y la de ser valorables a

Para algunos el patrimonio es apto para satisfacer necesidades aunque “no puramente económicas”<sup>48</sup> pues no comparten que el patrimonio se limite a derechos de contenido patrimonial<sup>49</sup>. Afirman así que “el patrimonio, como atributo de la personalidad, está indisolublemente ligado a ella y su contenido es integral de todas las facultades y potencialidades del ser humano”<sup>50</sup>. De nuestra parte, adherimos a la tesis que los derechos y obligaciones que no tengan contenido patrimonial no forman parte del patrimonio, aun cuando están dentro de la esfera jurídica de la persona<sup>51</sup>, y ese será el caso, por ejemplo, de los derechos políticos<sup>52</sup>. Pues lo cierto es que constituye la esencia del instituto su valoración pecuniaria, y por ello lo ubicamos en el Derecho Civil Patrimonial.

Como bien señala Larenz respecto al activo, pertenecen al patrimonio todos los derechos “evaluables en dinero”, y solamente ellos; son derechos que, en circunstancias normales, pueden enajenarse a cambio de dinero o adquirirse sólo mediante el pago de dinero, o que, como el usufructo, producen, según su naturaleza, una utilidad económica expresable en valor pecuniario. No pertenecen a ellos los meros derechos de la personalidad ni los derechos de familia personales, pero si los derechos sobre bienes inmateriales, los derechos reales y los de crédito, los cuales tienen, como sucede por lo regular, un valor pecuniario; igualmente la condición de socio en una sociedad de capital, esto es, los derechos de participación en una sociedad de responsabilidad limitada y las acciones, así como la participación en un patrimonio de mano común. No forman parte del patrimonio las cualidades o aptitudes de una persona con las que puede adquirir bienes de fortuna; así,

---

base del común denominador de los valores económicos que es la moneda (o dinero), advirtiendo que tienen por eso un valor de cambio, en cuanto permiten obtener un cierto valor mediante negocios de cambio cuyo objeto constituyan; pero pueden tener también un valor de uso, es decir, ser valorados por la razón de que son idóneos para dar utilidad directa.

48 KUMMEROW, G.: *Bienes*, cit., p. 2.

49 Véase: GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, E.: *El Patrimonio*, cit., pp. 44-46; CARRILLO L., C. O. y F. MARQUEZ DE KRUPPI: *Lecciones*, cit., p. 135, citan a ROTONDI, para quien el concepto de patrimonio es tan extenso que abarca todos los derechos y todas las obligaciones que pertenecen a una misma persona, independientemente de su naturaleza y de su contenido; VAESA OVALLE, J. G.: “Extensión moral del patrimonio”, *Ars boni et aequi*, Año 7, núm. 1, Chile, 2010, pp. 135 -156; PUIG PEÑA, F.: *Introducción*, cit., p. 402) refiere que quienes sostienen esta postura lo hacen “partiendo lo de los resabios de la Escuela del Derecho Natural”, entendiéndolo por patrimonio “el círculo en que se manifiestan las fuerzas ético-jurídicas de una persona, comprendiendo en su concepto toda clase de derechos, no sólo los patrimoniales stricto sensu, sino también los derechos de familia, personalidad, etc.”, aclarando adicionalmente que la mayoría de la doctrina rechaza este criterio.

50 VAESA OVALLE, J.: “Extensión moral”, cit., p. 153. También lo califican como un atributo de la personalidad, entre otros: CIFUENTES, S.: *Elementos de Derecho Civil Parte General*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 105; PEÑA QUIÑONES, E. y G. PEÑA RODRÍGUEZ: *El Derecho de Bienes*, Legis, Bogotá, 2008, pp. 25 y 29; CANCELAR, O. J. y otros: *Instituciones de Derecho Privado*, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 185; LLAMBIAS, J.J.: *Tratado de Derecho Civil: Parte General*, Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 172; ABELENDA, César Augusto: *Derecho Civil Parte General*, t. II, Astrea, 1980, Buenos Aires, p. 156; GHERSI, C.A.: *Derecho Civil Parte General*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 239.

51 Véase: EGAÑA, M.S.: *Bienes*, cit., pp. 17 y 18.

52 Véase VON THUR, A.: *Derecho*, cit., p. 316, son derechos patrimoniales los que garantizan al hombre los medios económicos para su existencia y su actividad volitiva, aclarando que la enajenación a cambio de dinero es solamente la forma más clara en el que el valor económico se manifiesta, más no la única, dado que junto con el valor de permuta está el de uso; descansa en la posibilidad de enajenar los frutos que produzca el objeto del derecho, o de permitir a otro el ejercicio del derecho a cambio de una contraprestación, o, finalmente, en usar personalmente la cosa, ahorrando de tal manera gastos que, de lo contrario, el titular del patrimonio debería efectuar para satisfacer sus necesidades.

especialmente, su capacidad de trabajo, sus conocimientos profesionales y su experiencia en los negocios<sup>53</sup>. Quedan pues excluidos de la esfera del patrimonio todos aquellos derechos o atributos personales del sujeto, no susceptibles de valoración pecuniaria.

El patrimonio solamente comprende derechos y no pueden considerarse como integrantes del mismo, hechos y relaciones de la vida económica, que benefician al sujeto pero no se fundan en un derecho subjetivo, o no le corresponden, por tratarse de intereses patrimoniales en cuanto acrecientan el valor de ciertos derechos patrimoniales, o abren la posibilidad de adquirir ciertos derechos para el titular del patrimonio, incluyendo entre estos supuestos: la fuerza de trabajo y capacidad de ganancia del hombre, la clientela o las relaciones sociales por cuyo medio pueda conseguirse un empleo ventajoso<sup>54</sup>.

## IV. TEORÍAS.

### I. Tesis clásica o teoría del patrimonio-personalidad<sup>55</sup>.

Fundamentalmente desarrollada por la doctrina francesa<sup>56</sup> según la cual el patrimonio es una “emanación” de la personalidad y que a su vez conforma una “universalidad” jurídica. De la teoría se deriva que:

A) El patrimonio es una “universalidad jurídica” (que pueden ser *factis* y *iuris*) conformada por activos y pasivos. De lo que se configura la garantía de los acreedores sobre el patrimonio del deudor. Esto es, existe un nexo entre activo y pasivo, cuya finalidad es satisfacer a los acreedores del titular del patrimonio. Se acude a la idea de subrogación real en virtud de la fungibilidad de todos los elementos del activo (los elementos del patrimonio son fungibles), para justificar el planteamiento de que si los elementos que dejan de formar parte del activo del patrimonio sirven para hacer frente a los pasivos, los que ingresan en su lugar, también pueden cumplir esa función. Pero en principio rige la igualdad de los acreedores salvo las causas de preferencia entre las que se ubican los privilegios y las hipotecas

53 LARENZ, K.: *Derecho Civil*, cit., pp. 405-407.

54 VON THUR, A.: *Derecho*, cit., pp. 320-321; ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho Civil Español Común y Foral I Introducción y Parte General*, Bosch, Barcelona, 1977, p. 315, coincide con este planteamiento al señalar que no “forman parte del patrimonio las simples situaciones de hecho como la esperanza de heredar a un familiar aún vivo, la capacidad de trabajo de la persona, el enclavamiento de un lugar ventajoso de una finca, etc.”.

55 Véase: KUMMEROW, G.: *Bienes*, cit., pp. 4-16; EGAÑA, M.S.: *Bienes*, cit., pp. 26-34; AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Derecho*, cit., pp. 457-462; AVELEDO MORASSO, L. E.: *Las cosas*, cit., pp. 25-32; PIÑA VALLES, O.: *Bienes*, cit., p. 22; HERRERA VILLANUEVA, J.J.: “El patrimonio”, cit., pp. 71-79; MACHICADO, J.: *Teoría Del Patrimonio-Personalidad*, Apuntes Jurídicos, 2013; MAZEUD, H. y otros: *Lecciones*, cit., Parte Primera, Vol. I, pp. 434-444.

56 Véase: LOUIS COLMENARES, A.: *Derecho*, cit., p. 19, cita a M. PICARD, para quien la concepción del patrimonio personalidad no es conocida en el derecho inglés cuya formación ha escapado a la influencia del derecho romano y que aún entre las legislaciones que han sufrido esta influencia, muchas de ellas han abandonado esta concepción (la del patrimonio personalidad) al estimar que ya no corresponde a las necesidades económicas.

B) El patrimonio está unido a la persona. Únicamente lo tienen las personas (naturales o incorporales<sup>57</sup>) y todas lo precisan. No existe nadie sin patrimonio y cada persona tiene uno solo que es inseparable de ella y que a su vez es intransmisible o inalienable mientras viva<sup>58</sup>.

C) El patrimonio está conformado solo por los derechos y obligaciones de carácter pecuniario. Por lo que se excluyen derechos y obligaciones de contenido no patrimonial<sup>59</sup>. De allí que se aluda al “carácter monetario de los elementos del patrimonio”, por lo que los derechos y obligaciones no patrimoniales que no sean estimables en dinero, esto es, que no presenten valor monetario, no conforman el patrimonio<sup>60</sup>.

Según dicha teoría clásica “sólo quienes son personas de alguna de las dos especies indicadas tienen patrimonio, cuanto que a su vez únicamente ellas pueden ser sujetos de derecho; toda persona tiene en abstracto un patrimonio, esto es, sea cual fuere el contenido material y económico, y así no lo haya, lo que dependerá de la dinámica productiva de su titular; y es único cuanto que una persona no puede tener más que un patrimonio, visto éste como el conjunto de elementos activos y pasivos que pertenecen a un mismo sujeto de derecho”<sup>61</sup>.

Entre las críticas a la presente teoría vale citar: se afirma que el patrimonio es una noción jurídica por lo que no se puede acudir en su explicación a elementos no normativos. Se critica que se pretenda que el patrimonio es una “emanación” de la personalidad, pues ello más bien responde a un fenómeno químico. Amén que una fuerte corriente admite excepcionalmente la existencia de patrimonios sin sujeto. Se agrega que la teoría no logra explicar a través del principio de la subrogación la garantía que representa para los acreedores el activo del deudor. La idea de subrogación real es insuficiente pues muchos bienes no sustituyen a otros egresados del patrimonio<sup>62</sup>. Se añade que el patrimonio es transmisible *mortis causa* (CC, art.

57 Véase: MAZEUD, H. y otros: *Lecciones*, cit., Parte Primera, Vol. I, p. 430.

58 Véase: PLANIOL, M. y G. RIPERT: *Derecho Civil*, cit., p. 355, la transmisión total del patrimonio solo puede hacerse después de la muerte de la persona; BONNECASE, J.: *Tratado*, cit., pp. 467 y 468, se ha afirmado que si asumiéramos la idea de intransmibilidad en forma extrema, no podría aceptarse siquiera la transmisión del patrimonio en esta circunstancia, sino que el patrimonio se extinguiría con el fallecimiento de la persona.

59 EGAÑA, M.S.: *Bienes*, cit., pp. 26-32; KUMMEROW, G.: *Bienes*, cit., pp. 4-13.

60 PLANIOL, M. y G. RIPERT: *Derecho Civil*, cit., p. 356.

61 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno. Sentencia del 3 de agosto de 2005, Expediente 1909.

62 EGAÑA, M.S.: *Bienes*, cit., pp. 30-34; KUMMEROW, G.: *Bienes*, cit., pp. 13-16; LAGRANGE, E.: *Apuntes*, cit., agrega la falsedad de la noción de garantía patrimonial basada en la idea de subrogación real: la usaban para justificar porque las personas responden por sus obligaciones no sólo con los derechos de los que eran titulares cuando contrajeron la obligación, sino con los bienes existentes para el momento en que se hace efectiva la responsabilidad, y sostenían que como el patrimonio varía con el tiempo, los bienes que originalmente tenía una persona van siendo sustituidos por otros que quedan sometidos al mismo régimen jurídico y sujetos a la misma responsabilidad patrimonial. El problema es que hay bienes que ingresan al patrimonio sin reemplazar a otros salidos del mismo y que igualmente forman parte de la garantía patrimonial (ej. donación, herencia, sueldo). En otros términos, tal explicación resulta insuficiente y generaría errores de consideración si se le acepta

1556), e inclusive para algunos por actos entre vivos (caso de la venta de la herencia que mencionamos anteriormente), a lo que se suma que la mayor parte de los ordenamientos reconocen la posibilidad de patrimonios separados, así como que la limitación de estar integrados por elementos apreciables en dinero se presenta parcialmente válido<sup>63</sup>, dado que hay derechos pecuniarios que la ley coloca fuera del alcance de los acreedores y por ello presentan una característica propia de los derechos no apreciables en dinero, como lo son por ejemplo los mencionados en el artículo 1929 del Código Civil<sup>64</sup>.

Y se añade que “no es cierto que toda persona tenga necesariamente un patrimonio”, pues pareciera que se confunde “patrimonio” a lo que pudiera llamarse capacidad patrimonial<sup>65</sup>. De allí que se afirme que la teoría adolece de ambigüedad y artificialidad, a pesar de su apariencia de claridad y rigurosidad, pues se confunde la capacidad patrimonial con el patrimonio. Tampoco cabe hacer una identificación absoluta entre la noción de patrimonio y de personalidad. Y no es repugnante a la lógica que una persona pueda tener más de un patrimonio distinto al patrimonio general del sujeto<sup>66</sup>.

## 2. La doctrina o teoría del patrimonio-afectación<sup>67</sup>.

La doctrina del patrimonio afectación, no surge como crítica a la anterior sino como una concepción autónoma, inspirada en el ordenamiento germánico y también en el suizo<sup>68</sup>, siendo Brinz y Becker sus máximos exponentes<sup>69</sup>. Señala que el patrimonio puede ser de dos clases: patrimonio de la persona o patrimonio impersonal o de “destino”, que precisamente viene dado por la “afectación a un fin”. Para esta teoría, el patrimonio no se identifica con la personalidad, el patrimonio no puede ser concebido como algo distinto a la personalidad sino como algo

---

radicalmente (entre otros, los bienes no subrogados escaparían de la prenda general de los acreedores). Es decir, que muchos bienes que conforman la prenda general no sustituyen a otros que han salido del patrimonio.

63 KUMMEROW, G.: *Bienes*, cit., pp. 14 y 15; AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Derecho*, cit., pp. 462 y 463.

64 LAGRANGE, E.: *Apuntes*, cit., se critica a la teoría clásica el hecho de excluir del patrimonio los bienes y derechos no valorables en dinero. En este sentido alegan que esa noción sólo se justificaría porque dichos bienes y derechos son inejecutables por parte de los acreedores pero que de ser lógicos habría entonces que excluir también bienes y derechos valorables en dinero por excepción legal no son susceptibles de ejecución forzosa y que la lesión de esos bienes y derechos no valorables en dinero pueden engendrar el derecho a una indemnización pecuniaria. En otras palabras, si la razón práctica que condujo a la teoría clásica a integrar en el patrimonio únicamente las relaciones valorables en dinero, aparentemente reside en la circunstancia de que los derechos no apreciables en dinero escapan de toda medida preventiva o ejecutiva, con las cuales se persigue el aseguramiento o la satisfacción de los derechos de los acreedores del titular del patrimonio, también hay otra gama de derechos pecuniarios y de bienes valorables en dinero que la ley coloca fuera del alcance de tales acciones.

65 AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Derecho*, cit., p. 462.

66 LAGRANGE, E.: *Apuntes*, cit.

67 Véase: EGAÑA, M.S.: *Bienes*, cit., pp. 34-41; AVELEDO MORASSO, L. E.: *Las cosas*, cit., pp. 32-33; PIÑA VALLES, O.: *Bienes*, cit., p. 23; HERRERA VILLANUEVA, J.J.: “El patrimonio”, cit., pp. 79-88.

68 Véase: LOUIS COLMENARES, A.: *Derecho*, cit., p. 19, cita a M. PICARD, quien indica que el derecho suizo y el derecho alemán se inspiran visiblemente en la concepción moderna o del patrimonio afectación.

69 KUMMEROW, G.: *Bienes*, cit., p. 16; AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Derecho*, cit., p. 463.

eminentemente “objetivo”, como un conjunto de bienes cuyo vínculo de unión no es una persona determinada sino la persecución de un fin jurídicamente tutelado. Existiría una desvinculación entre patrimonio y personalidad que hace que puedan existir “patrimonios sin sujeto” y que este sea transmisible, divisible y enajenable, aunque algunos admiten tal consecuencia en forma mitigada o atemperada. El patrimonio se definiría tomando en cuenta su destino con relación a un fin jurídico. Aunque en principio, en el ordenamiento venezolano - heredero del Derecho romano- no es posible predicar tal tesis<sup>70</sup>. Por cuanto aunque alguien traspase sus derechos y obligaciones patrimoniales ello no supone que traspase su patrimonio sino sus elementos<sup>71</sup>.

A la presente teoría se le crítica que mal puede aceptarse una noción de patrimonio desvinculada del sujeto a quien se le imputan sus elementos. Toda vez que se “considera inadmisibles la opinión de quienes independizan totalmente las nociones de patrimonio y personalidad”<sup>72</sup>. El Código Civil venezolano en los artículos 1863 y 1864 parece inspirarse en la doctrina clásica o tradicional. El primero afirma “el obligado personalmente está sujeto a cumplir sus obligaciones con todos sus bienes habidos y por haber”<sup>73</sup>. En tanto que el segundo prevé que “los bienes del deudor son la prenda común de sus acreedores, quienes tienen en ellos un derecho igual si no hay causas legítimas de preferencia. Las causas legítimas de preferencia son los privilegios y las hipotecas”<sup>74</sup>.

En definitiva, al revisar las críticas que se formulan a las teorías del patrimonio personalidad y afectación y las bases normativas de esta institución en el Derecho venezolano, pareciera que los postulados generales de esta institución jurídica deben evolucionar; al menos al analizar la situación en nuestro ordenamiento jurídico<sup>75</sup>. Ello apuntado a asumir una posición que valore la utilidad de ambas teorías (que es la representada por la teoría mixta o ecléctica que trataremos *infra*), las cuales deben,

70 Véase: PEÑA QUIÑONES, E. y G. PEÑA RODRIGUEZ: *El Derecho*, cit., p. 39, en el derecho francés, español, latinoamericano, etc., de la llamada orientación latina, la persona prevalece sobre el derecho; por consiguiente, no se concibe un derecho del cual no sea titular una persona.

71 EGAÑA, M.S.: *Bienes*, cit., pp. 34-37; KUMMEROW, G.: *Bienes*, cit., pp. 16-19; AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Derecho*, cit., p. 464; PIÑA VALLES, O.: *Bienes*, cit., p. 23.

72 AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Derecho*, cit., p. 465, agrega que en el aspecto positivo se alaba a la teoría alemana por destacar la afectación común a un fin como elemento unificador del patrimonio y que admita la divisibilidad del mismo.

73 Véase: OCHOA GÓMEZ, O. E.: *Bienes*, cit., p. 67, existe una referencia implícita al patrimonio en el artículo CC, 1863.

74 Véase: AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Derecho*, cit., p. 466, señala que el pasivo del patrimonio no forma parte de la prenda común de los acreedores. Los elementos del activo son en principio transferibles por actos entre vivos, en tanto que no así los elementos del pasivo, salvo que medie el consentimiento del acreedor. Véase a propósito de la “responsabilidad patrimonial”: KUMMEROW, G.: *Bienes*, cit., pp. 25 y 26, refiere que constituye un equívoco apoyar la teoría del patrimonio sobre la base de los artículos 1863 y 1864 del CC, que fundamentan la idea de la responsabilidad patrimonial, en el sentido de que el activo patrimonial del obligado se halla sujeto al poder de agresión del acreedor. Responsabilidad que está condicionada al incumplimiento de un deber del deudor ya sea contractual o extracontractual.

75 La existencia de patrimonios autónomos (aunque solamente de forma temporal), patrimonios separados, lo que para algunos es la transmisión por vía de enajenación de un patrimonio entre vivos en el caso de la venta de la herencia.

más que excluirse, complementarse. Aunque ciertamente la posición tradicional en que puede incluirse nuestro ordenamiento, concibe al patrimonio como el conjunto de derechos y obligaciones susceptibles de valoración pecuniaria de una persona.

### 3. Teoría negativa o atomista.

Representada por un sector de la doctrina que proclama la inutilidad del concepto, dado que para los partidarios de esta postura no cabe hablar de patrimonio como algo distinto de los elementos que lo componen, es simplemente una expresión utilizada para designar la suma de los derechos de una persona, por lo que es lógico que no exista en los ordenamientos una sistematización unitaria de la institución y que solamente se disciplinen sus componentes<sup>76</sup>. Respecto a la discusión en torno a la utilidad o inutilidad de la noción de patrimonio, nos remitimos a las notas contenidas *supra* l.

### 4. Teoría mixta o ecléctica.

En la doctrina moderna priva la tendencia a sostener una concepción amplia del patrimonio, en la que tienen cabida los aspectos básicos de las teorías del patrimonio personalidad y del patrimonio afectación, por lo que para explicar la vinculación entre los elementos que integran el patrimonio debe atenderse tanto al fin al cual está afectado, como a la atribución a un titular. Entre los partidarios de esta teoría, se encuentra Martín Azcano, quien entiende por patrimonio “un conjunto unitario de derechos y obligaciones, cuya cohesión obedece a la finalidad impuesta por el ordenamiento y cuya titularidad está atribuida (o es atribuible) a una persona<sup>77</sup>.”

Consideramos que resulta pertinente insistir en que de acuerdo a nuestra percepción, existe la necesidad de evolucionar en el Derecho venezolano hacia el reconocimiento de la importancia de las tesis eclécticas, para lograr una cabal comprensión de los supuestos vinculados al patrimonio, lo cual ya ha sido asumido por algunos autores patrios. Quienes lo han asumido de manera más clara han sido Carrillo L. y Márquez de Krupij, dado que al referirse a las teorías sobre el patrimonio señalan lo siguiente: “Sin dejar de reconocer los esfuerzos de quienes se trazaron como meta el exponer en forma sistemática sus ideas sobre la noción abstracta de patrimonio, creemos que ninguna de las dos corrientes surgidas, hayan logrado a cabalidad el fin propuesta... En definitiva, pensamos que lo mejor y más conveniente para lograr mayor comprensión de la noción en estudio, es armonizar ambas posiciones, tomando de cada una los aspectos positivos y menospreciando los negativos”<sup>78</sup>.

76 MARTÍN AZCANO, E. M.: *El patrimonio*, cit., pp. 41-42.

77 *Ibid.*, pp. 42-43.

78 CARRILLO L., C. O. y F. MÁRQUEZ DE KRUPIJ: *Lecciones*, cit., p. 169. Véase también a pesar de manifestarse abiertamente partidario de que no puede concebirse la existencia de un patrimonio sin la conducción de un sujeto LA



## V. PATRIMONIOS SEPARADOS<sup>79</sup>.

Si bien la regla es que cada persona tiene un patrimonio compuesto por derechos y obligaciones susceptibles de valoración pecuniaria, la ley excepcionalmente admite la existencia de otros patrimonios “separados” o distintos al general de la persona. De allí que el patrimonio separado supone la idea de dos o más masas singulares de bienes pertenecientes a un solo sujeto que tienen existencia propia, esto es, los bienes se encuentran “segregados” o “separados” de ese patrimonio general del sujeto. Ello encuentra sentido a fin de reservar ciertos bienes a determinado destino, de modo que queden excluidos de otra finalidad<sup>80</sup>. Por lo que cuando la ley lo dispone hay patrimonios distintos al general de la persona, los patrimonios separados<sup>81</sup>.

De allí que aunque la unidad del patrimonio de una persona constituye la regla, la ley en determinadas hipótesis autoriza u ordena una división del patrimonio del titular, que viene dada por los patrimonios separados. Estos existen a la par del patrimonio general del sujeto. Los patrimonios separados nacen para satisfacer una función determinada y específica<sup>82</sup>. Entre los caracteres de los patrimonios separados se ubica la independencia del núcleo patrimonial y el origen legal de la separación patrimonial<sup>83</sup>. Otros se refieren a “la especialidad, formalidad e inmutabilidad”: el

---

ROCHE, A. J.: *Derecho*, cit., pp. 92-93: “Nosotros entendemos el patrimonio, primero que todo, no como una simple “aptitud” innata en el sujeto de derecho, por cuanto ello conduce a confundir patrimonio con capacidad patrimonial, sino como una universalidad de bienes vinculados a un fin, a un destino, creado por la voluntad del centro de imputación de esos bienes que, en todo caso, es un sujeto de Derecho, universalidad de bienes (y relaciones) que se organiza por esa afectación nombrada, pero que ha sido establecida, en relación con la masa, por el sujeto al cual apuntan los mismos; no concebimos al patrimonio como una universalidad afecta a un destino sin la participación efectiva de una voluntad que establezca ese destino, por cuanto ello conduciría a admitir la tesis, ilógica conceptualmente, de que los bienes, las cosas, las relaciones tendrían actuación jurídica y económica por sí mismas, sin conducción parte de ningún sujeto. La referencia de la tesis moderna, en cuanto a un patrimonio afectado a un fin determinado, con existencia propia e independiente de la voluntad de un sujeto determinado no podemos aceptarla en sentido lato, puesto que si bien se dan tales casos, constituyen excepción y no puede la referencia erigirse en regla. El centro de imputación de todas esas relaciones es un sujeto dado, cuya voluntad determinara el fin común del patrimonio, siendo ese fin fijado por el sujeto el elemento cohesivo de la universalidad”. Véase también: OCHOA GÓMEZ, O. E.: *Bienes*, cit., pp. 73-74, “En general las características del patrimonio, en el Derecho venezolano orientado en la corriente del Derecho francés, es una ilustración de la teoría clásica o personalista, aun cuando, en algunos casos, se sugiere o se vislumbran unas aplicaciones de la teoría de la afectación, lo que significa que no está ignorada en el derecho venezolano aun cuando ésta última teoría (...) tiene un remoto origen en Inglaterra y Alemania donde se hallan consagrados sistemas jurídicos diferentes”.

- 79 Véase: KUMMEROW, G.: *Bienes*, cit., pp. 19-23; EGAÑA, M.S.: *Bienes*, cit., pp. 42-48; AGUILAR GORRONDONA, J.L.: *Derecho*, cit., pp. 467-470; AVELEDO MORASSO, L. E.: *Las cosas*, cit., pp. 33 y 34; PIÑA VALLES, O.: *Bienes*, cit., pp. 23 y 24. Véase aunque con connotación al mercado de valores: FORTES G., C. y D. LÓPEZ L.: *Liquidación del patrimonio separado*, [https://www.u-cursos.cl/derecho/2004/2/D127D0765/5/material\\_docente/bajar/](https://www.u-cursos.cl/derecho/2004/2/D127D0765/5/material_docente/bajar/). “un patrimonio independiente del patrimonio común”.
- 80 AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Derecho*, cit., pp. 467 y 468; KUMMEROW, G.: *Bienes*, cit., p. 19, también podría tener por objeto facilitar la obtención de ciertos fines, satisfacer un grupo determinado de acreedores.
- 81 LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e introducción al Derecho*, 5ª ed., Dykinson, Madrid 2006, (Revisión: J. DELGADO ECHEVERRÍA y M. PARRA LUCÁN), p. 113; VON THUR, A.: *Derecho*, cit., p. 347, el derecho moderno no puede comprenderse sin el concepto de que una persona puede tener distintos patrimonios.
- 82 Véase: PIÑA VALLES, O.: *Bienes*, cit., p. 24, cita a DE CASTRO, el patrimonio separado es un núcleo autónomo de derechos y deberes que, en interés del fin que se le asigna, forma un centro de responsabilidad especial.
- 83 LAGRANGE, E.: *Apuntes*.

origen legal lo identifican como excepcionalidad, expresando que solamente pueden constituirse en los casos en que la ley faculta su creación, ya que de no ser así, resultaría muy fácil burlar la responsabilidad patrimonial; la independencia del núcleo patrimonial la destacan como autonomía, para resaltar que es independiente del patrimonio general, está fuera de su círculo; la especialidad se debe a que no todos los sujetos de derecho cuentan con él y a que solamente responden de las obligaciones surgidas con motivo de su creación; la formalidad consiste en que para su configuración deben acatarse rigurosamente las formalidades de cada caso en particular; y la inmutabilidad exige que no sea empleado para propósitos diferentes de los que justificaron su creación, por lo que una vez cumplido su objetivo, los bienes que lo constituían retornan al patrimonio general<sup>84</sup>.

Entre los principales casos de patrimonios separados -aunque algunos discutibles- en el Derecho venezolano se citan<sup>85</sup>:

- *El hogar legalmente constituido* (CC, arts. 632-643)<sup>86</sup>, dado que una vez cumplido el procedimiento de ley, el hogar viene a constituir un patrimonio distinto al del constituyente sustraído del alcance de sus acreedores y ajeno a la disponibilidad, a fin de que resulten favorecidos sus beneficiarios.

- *La comunidad conyugal o de gananciales* (CC, arts. 148-183)<sup>87</sup>: Cuando no se han pactado capitulaciones matrimoniales que dispongan una separación absoluta de bienes, los bienes habidos durante el matrimonio forman una comunidad conyugal o de gananciales con un régimen patrimonial distinto al de los bienes propios de cada uno de los cónyuges.

- *La herencia aceptada a beneficio de inventario* (CC, arts. 996 y 1036)<sup>88</sup>, por la que se persigue que el heredero no responda de las deudas u obligaciones del

84 CARRILLO L., C. O. y F. MÁRQUEZ DE KRUIPIJ: *Lecciones*, cit., pp. 151 y 152.

85 Véase: AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Derecho*, cit., pp. 468 y 469; KUMMEROW G.: *Bienes*, cit., pp. 19-21; EGAÑA, M.S.: *Bienes*, cit., pp. 42-48; LAGRANGE, E.: *Apuntes*, cit.

86 Lo incluyen como patrimonio separado: PIÑA VALLES, O.: *Bienes*, cit., p. 24; AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Derecho*, cit., p. 468; KUMMEROW, G.: *Bienes*, cit., p. 21; AVELEDO MORASSO, L. E.: *Las cosas*, cit., p. 33; GRATERÓN GARRIDO, M.: *Derecho*, cit., p. 18; BLONVAL LÓPEZ, M.: *Derecho*, cit., p. 15; LA ROCHE, A. J.: *Derecho*, cit., p. 91; LOUIS COLMENARES, A.: *Derecho*, cit., p. 14; SÁNCHEZ BRITO, E.: *Derecho*, cit., pp. 40-44; CARRILLO L., C. O. y F. MÁRQUEZ DE KRUIPIJ: *Lecciones*, cit., pp. 156-163; EGAÑA, M.S.: *Bienes*, cit., pp. 39 y 44, quien lo considera el ejemplo por excelencia de patrimonio separado en el derecho venezolano. En ese mismo sentido véase: Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social, Sent. N° 1052 de 24 de mayo de 2007; TSJ/ Sala Constitucional, Sent. N° 1932 de 14 de julio de 2003.

87 Véase incluyéndolo en los patrimonios separados: OCHOA GÓMEZ, O. E.: *Bienes*, cit., pp. 73 y 82; AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Derecho*, cit., p. 468; KUMMEROW, G.: *Bienes*, cit., p. 21; AVELEDO MORASSO, L. E.: *Las cosas*, cit., p. 33; SÁNCHEZ BRITO, E.: *Derecho*, cit., pp. 33-40. En sentido contrario: EGAÑA, M.S.: *Bienes*, cit., pp. 47 y 48, quien siguiendo a Ferrara considera que los bienes de la sociedad conyugal no conforman un patrimonio separado, son bienes sobre los cuales hay una comunidad pero los derechos que cada uno tiene forman parte del patrimonio de cada cónyuge. Véase refiriéndolo como un caso dudoso de patrimonio separado: LOUIS COLMENARES, A.: *Derecho*, cit., p. 14; CARRILLO L., C. O. y F. MÁRQUEZ DE KRUIPIJ: *Lecciones*, cit., pp. 165-166, que lo califican como un supuesto controvertido.

88 Véase incluyéndolo como patrimonio separado: PIÑA VALLES, O.: *Bienes*, cit., p. 24; OCHOA GÓMEZ, O. E.: *Bienes*, cit., pp. 73 y 83; AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Derecho*, cit., p. 468; KUMMEROW, G.: *Bienes*, cit., p. 21; AVELEDO MORASSO, L. E.: *Las cosas*, cit., p. 34; GRATERÓN GARRIDO, M.: *Derecho*, cit., p. 17; BLONVAL LÓPEZ, M.: *Derecho*, cit., p. 15; LOUIS

de *cujus* sino hasta concurrencia del activo de la herencia. Esto es, la figura evita la confusión de patrimonio del heredero y del causante<sup>89</sup>. Se diferencia de la figura del beneficio para los acreedores de “separación de patrimonios”, que referiremos *infra*.

- Los bienes fideicometidos o la masa del fideicomiso<sup>90</sup> de conformidad con la Ley de Fideicomisos<sup>91</sup>, constituyen un patrimonio separado. El fiduciario solo está obligado, salvo disposición especial de ley, a cumplir con dichos bienes las obligaciones derivadas del fideicomiso<sup>92</sup>.

En el fideicomiso, los bienes recibidos por el fiduciario forman un conjunto o unidad patrimonial separada del resto de los bienes de la institución y, lo que es más importante, libre por tal motivo de las vicisitudes económicas que pudieren afectar al fideicomitente, fiduciario y fideicomisario<sup>93</sup>. Morles advierte, en ese mismo

COLMENARES, A.: *Derecho*, cit., p. 14; SÁNCHEZ BRITO, E.: *Derecho*, cit., pp. 48-50; EGAÑA, M.S.: *Bienes*, cit., p. 44; CARRILLO L., C. O. y F. MÁRQUEZ DE KRUIJ: *Lecciones*, cit., p. 153.

- 89 Véase: LÓPEZ HERRERA, F.: *Derecho de Sucesiones*, t. II, 4ª ed., UCAB, Caracas, 2008, p. 67, la aceptación de herencia a beneficio de inventario o bajo beneficio de inventario, si bien transforma al sucesor en heredero y propietario de la herencia, exactamente igual a como sucede en la aceptación pura y simple de ésta, tiene por objeto y por finalidad fundamentales evitar la confusión de patrimonios que determina la aceptación pura y simple; DOMÍNGUEZ GUILLEN, M.C.: *Manual de Derecho Sucesorio*, edit. Texto, Caracas, 2010, pp. 121-140.
- 90 Lo incluyen como patrimonio separado: PIÑA VALLES, O.: *Bienes*, cit., p. 24; AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Derecho*, cit., p. 468; KUMMEROW, G.: *Bienes*, cit., p. 21; AVELEDO MORASSO, L. E.: *Las cosas*, cit., p. 34; LOUIS COLMENARES, A.: *Derecho*, cit., p. 14; SÁNCHEZ BRITO, E.: *Derecho*, cit., p. 50; EGAÑA, M.S.: *Bienes*, cit., p. 45; CARRILLO L., C. O. y F. MÁRQUEZ DE KRUIJ: *Lecciones*, cit., p. 165; MORLES HERNÁNDEZ, A.: “El fideicomiso de garantía en el derecho venezolano”, *Homenaje a Anibal Dominici*, Ediciones Liber, Caracas, 2008, pp. 440, 445 y 447; GOLSCHMIDT, R.: “El fideicomiso en la reciente legislación venezolana”, *Estudios de Derecho Comparado*. Facultad de Derecho, UCV, Caracas, 1958, p. 409.
- 91 GO 496 del 17-8-56, artículo 1: “El Fideicomiso es una relación jurídica por la cual una persona llamada fideicomitente transfiere uno o más bienes a otra persona llamada fiduciario, quien se obliga a utilizarlo en favor de aquél o de un tercero llamado beneficiario”; y la primera parte del artículo 2: “Los bienes transferidos y los que sustituyan a éstos, no pertenecen a la prenda común de los acreedores del fiduciario”. Ley vigente en todo lo que no contradiga al Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario, publicado en la Gaceta Oficial número 40.557 del 8 de diciembre de 2014, según lo que establece la Disposición Derogatoria Primera del mismo. También guarda relación su condición de patrimonio separado con la exigencia de llevar contabilidad separada de cada patrimonio fideicometido (artículo 72 numeral 9) y las prohibiciones y limitaciones del fiduciario recogidas en el artículo 75 del citado Decreto Ley.
- 92 Véase no obstante referirse a patrimonio “autónomo”: CÁRDENAS MEJÍAS, J. P.: *El Contrato de fiducia y el patrimonio autónomo*, [www.asofiduciarias.org.co/.../DEFINITIVO%20SEPT%206%20DE%202013%20-%20](http://www.asofiduciarias.org.co/.../DEFINITIVO%20SEPT%206%20DE%202013%20-%20). “el concepto de patrimonio autónomo constituye una excepción a la noción tradicional de patrimonio como atributo de la personalidad. Dicha noción se distingue del concepto de persona jurídica, a pesar de que en algunos casos el ordenamiento da lugar a confusiones, y tiene grandes consecuencias en tanto permite afectar unos bienes a una finalidad, de tal manera que los activos que se entregan respondan por el pasivo que se contrae por la fiduciaria como titular de tales activos. La titularidad de dicho patrimonio corresponde a la fiduciaria, que tiene un derecho limitado e instrumental sobre dichos bienes en la medida en que sólo puede utilizarlos para la finalidad prevista”; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno, Sentencia del 3 de agosto de 2005, Expediente 1909: “los llamados en la doctrina los *patrimonios autónomos* que se denominan así justamente porque teniendo vida propia, así sea de manera transitoria como suele ser, están destinados a pasar en definitiva a alguna persona natural o jurídica, o a cumplir una finalidad, aplicación o afectación específica; y si bien no se les ha conferido personalidad jurídica, lo cierto es que su presencia ha dado lugar a gran cantidad de operaciones y relaciones de derecho en el tráfico comercial de inculcable utilidad socio-económica, las cuales tanto pueden transcurrir pacíficamente como ser objeto de controversias o litigios. patrimonios tienen su génesis en la ley que determina de alguna manera su conformación e identidad, como ocurre en la fiducia mercantil para poder hacer viable que con los bienes fideicomitidos se cumpla una finalidad o destinación determinada en el acto de la constitución de aquélla. Incluso en cuanto a dicha fiducia, que corresponde precisamente al centro del litigio de cuya definición judicial se ocupa ahora la Corte, es el legislador quien le otorga a los bienes que integran el fideicomiso la condición de patrimonio autónomo”.
- 93 RODRÍGUEZ AZUERO, S.: *Contratos Bancarios. Su Significación en América Latina*, 4ª ed. Biblioteca Felaban, Bogotá, 1998, p. 629.

sentido, que al consagrar su condición de “patrimonio separado como nota esencial, el fideicomiso venezolano asegura el aislamiento de los bienes tanto del patrimonio del constituyente como del patrimonio del fiduciario y los sustrae de los riesgos de éstos frente a sus acreedores”<sup>94</sup>.

En materia mercantil se incluyen:

- *Los bienes de la quiebra o patrimonio del fallido*<sup>95</sup>, los cuales están separados de los demás bienes del comerciante fallido (CComercio, arts. 939, 949, 942, 943, 951 y 952). En efecto, al producirse la declaratoria de la quiebra se divide el patrimonio del fallido separándose por una parte los bienes de éste, que no son susceptibles de ejecución y por la otra la denominada masa de la quiebra con un activo y un pasivo propio (patrimonio separado), que será administrado por los acreedores o por el síndico.<sup>96</sup>

- *El supuesto de limitación de la responsabilidad del armador*<sup>97</sup>: Establecido en los artículos 41 al 74 de la Ley de Comercio Marítimo<sup>98</sup>.

- *Los inmuebles adquiridos bajo el régimen de la Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda*<sup>99</sup>: El artículo 26 de dicha ley especial califica como patrimonio separado el inmueble adquirido bajo este régimen<sup>100</sup>.

94 MORLES HERNÁNDEZ, A.: “Breve introducción al estudio de la Ley de Instituciones del Sector Bancario”, *Análisis y Comentarios a la Ley de Instituciones del Sector Bancario*, FUNEDA, Caracas, 2011, p. 109.

95 Véase incluyéndolo como patrimonio separado: AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Derecho*, cit., p. 468; KUMMEROW, G.: *Bienes*, cit., p. 21; AVELEDO MORASSO, L. E.: *Las cosas*, cit., p. 33; SÁNCHEZ BRITO, E.: *Derecho*, cit., p. 48; PIÑA VALLES, O.: *Bienes*, cit., p. 24; CARRILLO L., C. O. y F. MÁRQUEZ DE KRUPJI: *Lecciones*, cit., pp. 155-156; EGAÑA, M.S.: *Bienes*, cit., p. 45, indica que constituye un caso de patrimonio separado un poco controvertido; LOUIS COLMENARES, A.: *Derecho*, cit., p. 14, lo considera un caso dudoso de patrimonio separado. Véase: GRATERÓN GARRIDO, M.: *Derecho*, cit., p. 37, constituye un patrimonio de liquidación; BLONVAL LÓPEZ, M.: *Derecho*, cit., p. 15, lo incluye dentro del patrimonio de destino o de administración; SATTI, S.: *Instituciones del Derecho de Quiebra*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951, p. 160, cita a CANDIAN que se refiere al surgimiento de un patrimonio separado como efecto de la declaración de la quiebra.

96 Véase sobre los bienes que no son objeto de desapoderamiento: PISANI, M.A.: *La Quiebra: Derecho venezolano*, UCV, Caracas, 2005, pp. 103-104. Véase también respecto de las exclusiones del desapoderamiento: BURGOS VILLASMIL, J.R.: *Lecciones sobre Quiebra*, Editorial La Torre, Caracas, 1980, pp. 45-46. En referencia al sistema español se afirma que el objeto de este desapoderamiento se extiende a todos los bienes del quebrado con tres excepciones: los derechos personalísimos (art. 1111 C.C.), los bienes inembargables (arts. 605 al 609 LEC) y los bienes atinentes a los derechos alimentarios (arts. 1319 y 1314 y ss. LEC 1881) (JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. (coord.): *Derecho Mercantil*, Editorial Ariel, Barcelona, 2002, Vol. II, p. 738).

97 Véase: AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Derecho*, cit., p. 469, incluye la *fortuna de mar*, por la cual el armador se libera de responsabilidad si hace abandono de la nave y su flete de acreedores; LAGRANGE, E., *Apuntes*, cit., el patrimonio naval se incluye en los patrimonios separados (CComercio, art. 623, que perdió vigencia en virtud de la derogatoria del Libro II del Código de Comercio “Del Comercio Marítimo”, contenida en la Cláusula Derogatoria Segunda de la Ley de Comercio Marítimo).

98 Gaceta Oficial N° 38.351 del 5 de enero de 2006.

99 Gaceta Oficial número 38.756 del 28 de agosto de 2007.

100 Véase: Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, Artículo 26 “El inmueble objeto de la hipoteca quedará afectado a un patrimonio separado, excluido de la prenda común de los acreedores restantes del deudor hipotecario, y este inmueble no podrá ser enajenado sin la autorización del acreedor hipotecario, mientras el préstamo otorgado de conformidad con la presente Ley no haya sido cancelado”. Artículo 36, “Los deudores hipotecarios amparados por la presente Ley, podrán acogerse a las disposiciones contenidas en el Código Civil, Libro Segundo, Título III, Capítulo I, en lo que se refiere a la constitución de hogar, a pesar de

Por lo demás vale aclarar que antiguamente se incluía el “patrimonio familiar” derivado de la Ley de Reforma Agraria de 6-3-1960, ajeno a las acciones de los acreedores<sup>101</sup>. Pero dicha ley fue derogada y la figura no se mantuvo en la vigente Ley de Tierras y Desarrollo Agrario<sup>102</sup>.

La doctrina patria aclara que el fondo de comercio, no obstante la redacción de los artículos 151 y 152 del Código de Comercio, no constituye un supuesto de patrimonio separado<sup>103</sup>. Para Kummerow las citadas normas no proyectan sobre el fondo de comercio la estructura de un patrimonio de afectación<sup>104</sup>. Refiere Aguilar que si fuera un patrimonio autónomo, el adquirente pasaría a ser no solo titular del activo sino del pasivo lo cual no es cierto<sup>105</sup>.

A lo anterior, Kummerow suma el caso del patrimonio del ausente, pues a su decir está determinado por una finalidad de orden jurídico, como es la conservación de los bienes de una persona. Y al efecto se le designa un representante (CC, art. 419 y ss.)<sup>106</sup>. Sin embargo, acertadamente Egaña refiere que el presunto ausente tampoco se configura como un patrimonio separado porque éste no ha desaparecido jurídicamente aunque se le nombre un representante<sup>107</sup>. Por nuestra parte, señalamos que el caso del ausente no se configura como un patrimonio separado porque la representación se reduce a todo evento a la primera fase de presunción de ausencia (fase que es prescindible). Amén que la ausencia se caracteriza por dejar subsistente la posibilidad que el ausente regrese<sup>108</sup>.

---

la existencia del gravamen hipotecario a favor de la institución o acreedor particular, siempre que no exista otro gravamen sobre el inmueble. Si cumplidos los requisitos de ley se efectuare la constitución de hogar, los deudores gozarán de toda la protección legal contenida en las normas correspondientes, salvo en lo que se refiere a la ejecución de la hipoteca que permanecerá vigente en los términos contractuales ajustados a las regulaciones contenidas en la presente Ley”.

101 KUMMEROW, G.: *Bienes*, cit., pp. 20 y 21; EGAÑA, M.S.: *Bienes*, cit., p. 45; CARRILLO L., C. O. y F. MÁRQUEZ DE KRUIJ: *Lecciones*, cit., pp. 163-165; LAGRANGE, E.: *Apuntes*, cit.

102 Gaceta Oficial N° 5.991 Extraordinario del 29 de julio de 2010.

103 EGAÑA, M.S.: *Bienes*, cit., pp. 46 y 47; KUMMEROW, G.: *Bienes*, cit., pp. 23-24; CARRILLO L., C. O. y F. MÁRQUEZ DE KRUIJ: *Lecciones*, cit., p. 165; LAGRANGE, E.: *Apuntes*, cit. En ese mismo sentido sentencia dictada por el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro Occidental de fecha 7 de febrero de 2006, en el expediente KP02-R-2005-1297. LOUIS COLMENARES, A.: *Derecho*, cit., p. 14, lo califica como un caso dudoso de patrimonio separado. LARROUMET, Ch.: *Derecho*, cit., p. 316, lo califica como una universalidad de hecho, en oposición a la universalidad jurídica que constituye el patrimonio, “en la medida en que no hay limitación de responsabilidad, es decir, en cuanto el activo comercial no es el único para responder por el pasivo adquirido con ocasión de la actividad comercial”.

104 KUMMEROW, G.: *Bienes*, cit., pp. 23 y 24.

105 AGUILAR GORRONDONA, J.L.: *Derecho*, cit., pp. 469 y 468, señala que el argumento para incluirlo como patrimonio separado es que el comerciante si no hace las publicaciones de ley, el adquirente es solidariamente responsable con los acreedores.

106 KUMMEROW, G.: *Bienes*, cit., p. 20. Véase en el mismo sentido: AVELEDO MORASSO, L. E.: *Las cosas*, cit., p. 34; SÁNCHEZ BRITO, E.: *Derecho*, cit., pp. 44-48.

107 EGAÑA, M.S.: *Bienes*, cit., p. 47, y agrega acertadamente que tampoco constituye un patrimonio autónomo pues los derechos y deberes siguen imputados a la persona del ausente. También le niegan la condición de patrimonio separado CARRILLO L., C. O. y F. MÁRQUEZ DE KRUIJ: *Lecciones*, cit., p. 165.

108 DOMÍNGUEZ GUILLEN, M.C.: “El procedimiento de Ausencia”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* núm. 3. Caracas, 2014, pp. 241 y 242.

Finalmente, algunos incluyen el patrimonio del menor trabajador no emancipado<sup>109</sup>, lo cual en nuestro criterio no es subsumible en la figura bajo análisis por no configurarse los presupuestos referidos para el patrimonio autónomo como la autonomía respecto de agresión de los acreedores<sup>110</sup>. Se trata simplemente de un supuesto contemplado en normas especiales en materia de administración del régimen de la patria potestad, que coexiste con la capacidad limitada del adolescente trabajador (14 años, art. 100 LOPNNA) a la administración de los bienes producto de su trabajo a tenor del artículo 273 CC.

Tampoco constituye un caso de patrimonio separado, a pesar de lo que sostienen algunos autores<sup>111</sup>, el beneficio de separación de patrimonio, que tiene por contrapartida evitar la confusión de patrimonios entre el causante y el heredero<sup>112</sup>. Para Ángel Cristóbal Montes, el derecho que ostentan los acreedores del causante y los legatarios separatistas es el de preferencia, pero no da lugar en ningún caso al surgimiento de un patrimonio separado<sup>113</sup>.

- 109 Véase: SÁNCHEZ BRITO, E.: *Derecho*, cit., pp. 50-60 y 65, sostiene que existe también un patrimonio separado del niño, niña y adolescente; BLONVAL LÓPEZ, M.: *Derecho*, cit., p. 15, señalaba que también constituye un patrimonio separado el "del menor no emancipado pero que viva independientemente en cuyo caso existe el patrimonio del menor adquirido por donación que administra el padre y el patrimonio adquirido a fuerza de su trabajo personal el cual libremente puede disponer"; GRATERÓN GARRIDO, M.: *Derecho*, cit., p. 35: "El patrimonio del menor no emancipado pero que vive independientemente: La independencia aquí mencionada es solo desde el punto de vista económico, porque es evidente que si se trata de un menor no emancipado, éste se encuentra sometido a la patria potestad. En este caso de patrimonio especial existe el patrimonio del menor adquirido por herencia, legado o donación que administran los padres en ejercicio de la patria potestad y el patrimonio adquirido a fuerza del trabajo personal el cual es directamente administrado por él, cumpliendo con los requisitos previstos en el encabezamiento del artículo 273 del Código Civil".
- 110 Si el adolescente resultare responsable civilmente por tener capacidad delictual de conformidad con el artículo 1196 del CC, el patrimonio del menor sometido a la administración paterna no quedaría fuera de dicha responsabilidad.
- 111 OCHOA GÓMEZ, O. E.: *Bienes*, cit., p. 73; SÁNCHEZ BRITO, E.: *Derecho*, cit., p. 24; CARRILLO L., C. O. y F. MÁRQUEZ DE KRUPJ: *Lecciones*, cit., p. 155, EGAÑA, M.S.: *Bienes*, cit., pp. 44-45; LOUIS COLMENARES, A.: *Derecho*, cit., p. 14, lo califica como un caso dudoso de patrimonio separado.
- 112 DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Derecho Sucesorio*, cit., pp. 140-147; LAGRANGE, E.: *Apuntes*, cit., del procedimiento de "separación de patrimonio", lo que se deriva es un derecho de preferencia a favor de acreedores y legatarios que lo hayan pedido.
- 113 Véase: CRISTÓBAL MONTES, A.: *La Separación de los Bienes Hereditarios*, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1970, pp. 121-137, quien advierte que en Venezuela el *beneficium separationis* no supone la formación de dos masas patrimoniales autónomas, cada una de ellas adscrita en exclusiva a la satisfacción de un grupo determinado de acreedores. La *separatio bonorum* tiene como única justificación tutelar a los acreedores del causante y legatarios del perjuicio que pueda ocasionarles la intromisión en los bienes de la herencia de los acreedores personales de un heredero excesivamente cargado de deudas. Indica el citado autor que para lograr este objetivo no hace falta establecer una separación absoluta y definitiva entre el patrimonio hereditario y el particular del heredero, sino que basta y es suficiente con disponer que los acreedores hereditarios y legatarios que se hayan acogido al beneficio gozarán de preferencia en la satisfacción de sus derechos frente a los acreedores del heredero respecto de aquellos bienes relictos objeto de la separación. En su criterio, en el Derecho venezolano no cabe conceptuar el beneficio de separación como un mecanismo que ocasione una estricta diferenciación entre dos masas patrimoniales, la del causante y la del heredero, afecta cada una de ellas a una específica clase de acreedores: la del difunto a sus acreedores y la del heredero a la de los suyos, dado que una interpretación lógico-sistemática del sistema sucesorio venezolano nos lleva indefectiblemente a ver en la *separatio bonorum* tan sólo un recurso que el Derecho pone a disposición de los acreedores del causante y de los legatarios para que los mismos puedan satisfacer sus derechos, con los bienes de la herencia, en régimen de preferencia frente a los acreedores privativos del heredero, y lo que se presente es una especie de autonomía o separación pero no estructural o institucional, sino meramente instrumental o funcional.

Finalmente, Kummerow a propósito del punto que nos ocupa, siguiendo a Speth, concluye que todo lo anterior convierte al patrimonio en una noción residual, pues éste tiene lugar cuando el titular no ha afectado bien alguno en concepto de patrimonio separado<sup>114</sup>.

## VI. PATRIMONIO AUTÓNOMO<sup>115</sup>

Recibe tal denominación el conjunto de bienes y derechos que carecen de titular o que permanece temporalmente desconocido<sup>116</sup>, entre los que la doctrina tradicional suele ubicar:

- Al *nasciturus* o por nacer (incluye al concebido o *conceptus*, así como también al que habrá de ser *concebido o concepturus*)<sup>117</sup>. Pues se admite que además del ya concebido, el *nondum concepti* o *concepturus* a pesar de no estar protegido por la Constitución (porque no existe todavía) pueden serle asignadas atribuciones patrimoniales y ser instituido donatario o heredero, para que el caso que llegue a nacer<sup>118</sup>.

---

114 KUMMEROW, G.: *Bienes*, cit., pp. 22 y 23

115 Véase: KUMMEROW, G.: *Bienes*, cit., p. 25; EGAÑA, M.S.: *Bienes*, cit., pp. 41 y 42; AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Derecho*, cit., pp. 470 y 471; AVELEDO MORASSO, L. E.: *Las cosas*, cit., pp. 34-35; PIÑA VALLES, O.: *Bienes*, cit., pp. 24 y 25.

116 Véase: LAGRANGE, E.: *Apuntes*, cit., es aquel en el cual falta actualmente o incierto el titular, produciéndose una incertidumbre actual sobre quién o quiénes son los titulares del mismo. La ley trata de proveer a la administración y conservación de tal masa patrimonial; BIONDI, B.: *Los Bienes*, cit., p. 190, se puede hablar de autonomía de patrimonios en todos los casos en que falta actualmente o es incierto el sujeto. En tales casos falta actualmente un sujeto pero lo habrá, y la autonomía reconocida por la ley, en cuanto mira a proveer a la conservación y administración del patrimonio, en cierto sentido es un subrogado de la subjetividad jurídica momentáneamente inexistente; Aunque la tendencia de definición que predomina en la doctrina es la que hemos señalado, CARRILLO L., C. O. y F. MÁRQUEZ DE KRUPJ: *Lecciones*, cit., p. 149, para quienes la noción no tiene cabida en el derecho venezolano, destacan que también hay autores que lo definen como el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico pertenecientes a una persona jurídica en formación o como el núcleo patrimonial atribuido a una persona colectiva; AVELEDO MORASSO, L. E.: *Las cosas*, cit., pp. 34-35, EGAÑA, M.S.: *Bienes*, cit., pp. 25-26 consideran igualmente que esta figura no cabe en nuestra legislación.

117 Véase sobre el *nasciturus* (término que incluye al concebido y al por concebir): DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Inicio y extinción de la personalidad jurídica del ser humano (nacimiento y muerte)*, TSJ, Colección Estudios Jurídicos N° 17, Caracas, 2007, pp. 102-141; OCHOA GÓMEZ, O. E.: *Bienes*, cit., p. 83, el inciso único del artículo 840 establece que es capaz de recibir por testamento el *nondum conceptus* o *concepturus* para la fecha de la apertura de la sucesión; el régimen de administración de este patrimonio hereditario, hasta que el instituido nazca vivo, es el mismo que consagra los artículos 992 al 994 del Código Civil, en general, para la administración de la herencia durante el período *pendente conditione*, en cualquier caso de institución del heredero bajo condición suspensiva. También aluden a esta figura como patrimonio autónomo: AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Derecho*, cit., p. 470; GRATERÓN GARRIDO, M.: *Derecho*, cit., p. 37, incluye al patrimonio del *nasciturus* en lo que denomina patrimonio de destino o administración, el cual se caracteriza por estar desligado de la relación de dependencia con ningún titular.

118 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La protección jurídica del concebido en el derecho español", *Rev. Boliv. de Derecho*, núm. 22, Julio 2016, p. 31, con inclusión de nota 42, refiere que según el artículo 781 del Código Civil español, también puede constituirse a su favor sustitución fideicomisaria.

- La *herencia yacente*<sup>119</sup>, esto es, aquella herencia cuyos herederos se desconocen, y se precisa declaración de herencia vacante<sup>120</sup>, a fin de que el Estado asuma una suerte de sucesión de cierre<sup>121</sup>.

Algunos suman a los anteriores al “ausente”. Pero señalamos que en nuestro concepto tampoco se configura un patrimonio autónomo porque si está determinado el titular, toda vez que la ley tiende a proveer la posesión provisional en la declaración de ausencia y la posesión “definitiva” en la presunción de muerte, a favor de los presuntos herederos, por lo que la titularidad está determinada<sup>122</sup>.

Se afirma que los patrimonios autónomos están destinados a tener un titular aunque sea desconocido, que están sujetos a una administración temporal y que más que patrimonios separados, son parte de patrimonio generales que se convierten en separados cuando se define la persona del titular<sup>123</sup>.

Egaña no está de acuerdo con la admisión de la figura del patrimonio autónomo en el Derecho patrio, pues no es factible admitir la existencia de derechos no imputados a una persona. Niega su posibilidad inclusive respecto de una persona en formación, que no ha llegado a ser todavía sujeto de derecho, por lo que concluye tajantemente que “no existen patrimonios autónomos en el Derecho venezolano”<sup>124</sup>.

Por su parte, algunos autores se pasean por el supuesto de las “fundaciones” mientras están en formación<sup>125</sup>. La figura se ubica confusa entre la teoría general del patrimonio fundacional. La fundación se traduce en la afectación de una patrimonio

119 Lo incluyen como un caso de patrimonio autónomo: OCHOA GÓMEZ, O.E.: *Bienes*, cit., p. 83; AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Derecho*, cit., p. 470; KUMMEROW, G.: *Bienes*, cit., p. 25; lo menciona como ejemplo de patrimonio autónomo propuesto en doctrina: PIÑA VALLES, O.: *Bienes*, cit., p. 25; GRATERÓN GARRIDO, M.: *Derecho*, cit., pp. 36-37, incluye a la herencia yacente en lo que denomina patrimonio de destino o administración como categoría distinta al patrimonio autónomo, el cual se caracteriza por estar desligado de la relación de dependencia con ningún titular; BLONVAL *Derecho*, cit., p. 15, lo incluye dentro del patrimonio de destino o de administración.

120 Véase ubicando igualmente ubicando el supuesto del *nasciturus* y de la “herencia yacente” (CC. 1060): LAGRANGE, *Apuntes*, cit.

121 Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Derecho Sucesorio*, cit., pp. 260-273.

122 Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: “El procedimiento de Ausencia”, pp. 242 y 243, en: <http://www.rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2014/03/ciencias-juridicas3-13-270.pdf> en el caso de la ausencia el patrimonio si tiene “titular”, la titularidad del patrimonio simplemente pasa en cierta fase a los herederos, no obstante la posibilidad de que el ausente regrese. Lo incluyen como un caso de patrimonio autónomo; AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Derecho*, cit., p. 470; OCHOA GÓMEZ, O.E.: *Bienes*, cit., p. 83; LAGRANGE, E.: *Apuntes*, cit.; KUMMEROW, G.: *Bienes*, cit., p. 25, aunque lo incluye también en la categoría de patrimonio separado (ibid., p. 20), lo cual crea confusión; lo menciona como ejemplo de patrimonio autónomo propuesto en doctrina: PIÑA VALLES, O.: *Bienes*, cit., p. 25; GRATERÓN GARRIDO, M.: *Derecho*, cit., p. 36, incluye al patrimonio del ausente en lo que denomina patrimonio de destino o administración, el cual se caracteriza por estar desligado de la relación de dependencia con ningún titular; en ese mismo sentido BLONVAL LÓPEZ, M.: *Derecho*, cit., p. 15, lo incluye dentro del patrimonio de destino o de administración. Véase en sentido contrario: AVELEDO MORASSO, L. E.: *Las cosas*, cit., p. 34, el patrimonio del ausente constituye un patrimonio separado; también para p. 91, constituye un caso de patrimonio separado.

123 AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Derecho*, cit., pp. 470 y 471.

124 EGAÑA, M.S.: *Bienes*, cit., pp. 41 y 42.

125 Véase: KUMMEROW, G.: *Bienes*, cit., p. 25, si constituyen un patrimonio autónomo; LA ROCHE, A. J.: *Derecho*, cit., pp. 91-92, quien señala que “un ejemplo típico sería aquellos bienes que se depositan transitoriamente para una sociedad mercantil en formación, o una fundación, bienes estos que han salido del patrimonio de los socios, pero no han ingresado al patrimonio del ente en formación, dado que dicho ente está precisamente en formación; en



a un fin de utilidad general<sup>126</sup>. De tal manera que es la idea de la afectación de bienes que atrae a la personalidad jurídica y no la personalidad jurídica lo que atrae a los bienes que van a constituir el patrimonio de la fundación. Se llega a una inversión de conceptos que resulta extraña a la realidad misma del derecho: la personalidad jurídica viene después de la afectación de la masa de bienes y no existe primero la personalidad jurídica para después afectar la masa de bienes<sup>127</sup>. Al respecto opina Egaña: “en el caso de las fundaciones, con respecto a las cuales se habla de patrimonio autónomo en la época en que aún no se le ha reconocido la personalidad jurídica, también es absurdo pensar que ese patrimonio exista, distinto del patrimonio de las personas que han convenido en aportar los derechos y obligaciones para la formación de la persona jurídica. Es imposible pensar que el patrimonio exista como tal, mientras no exista la persona jurídica a la cual se van a atribuir los derechos y las obligaciones, porque o éstos son de alguien, y en este caso de los aportantes, o no existen, pues no pueden ser imputados a una persona inexistente. No se puede pensar, lógicamente, en la existencia de un patrimonio que carezca de sujeto”<sup>128</sup>.

Existen autores que utilizan la expresión “patrimonio de destino” o “patrimonio en administración” como un término amplio que abarca o incluye tanto los

---

este interregno tal masa o núcleo de bienes ha de estimarse como autónoma, autonomía en función de quien ha hecho el aporte y para quien se hizo el aporte”.

126 DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.; *Manual de Derecho Civil I*, p. 67; LAGRANGE, E.: *Apuntes*, cit., “afectación de un conjunto de bienes para el cumplimiento o la obtención de una cierta finalidad o propósito de carácter altruista”.

127 LAGRANGE, E.: *Apuntes*, cit.; OCHOA GÓMEZ, O. E.: *Bienes*, cit., p. 83, en el caso de las fundaciones, nos encontramos con patrimonios de afectación en las que predomina el sustrato real sobre el sustrato personal; se trata de patrimonios desligados definitivamente de las personas aun cuando ellas mismas sean personas jurídicas *stricto sensu* ya que ellas desaparecen con la destrucción de los bienes con que se constituyeron; MARTÍN AZCANO, E.M.: *El patrimonio*, cit., p. 102, se refiere a la dotación pre-fundacional: Se ha dicho que en el tiempo que transcurre desde el otorgamiento de la escritura pública (en la que una persona hace constar su voluntad de afectar determinados bienes, a un destino permanente), hasta la inscripción de la fundación en el Registro, no existe persona jurídica que pueda ser titular de los bienes aportados. Durante ese tiempo dichos bienes forman un patrimonio impersonal, diferenciado del privativo del fundador y de los patrimonios de los destinatarios. No obstante, hemos de advertir que cierto sector doctrinal defiende que esa masa patrimonial no constituye un patrimonio de destino, sino el personal de la fundación, que queda constituida desde el otorgamiento del negocio fundacional. De tal forma que la única diferencia entre la fundación en formación y la inscrita es que ésta tiene personalidad jurídica plena, mientras que aquella la tiene limitada; ABELENDA, C.A.: *Derecho*, cit., p. 156, este principio de que solo las personas pueden tener patrimonio, suscitó graves dificultades en Francia con relación a las fundaciones, que aparecen como masas de bienes (cosas o derechos) afectados a un fin benéfico, que solo adquieren el carácter de personas cuando se les otorga por la autoridad competente del estado la correspondiente autorización que implica el otorgamiento de capacidad jurídica y la atribución intelectual como voluntad jurídica, la de sus fundadores, que obra por medio de sus dispositivos humanos de administración previstos en los estatutos.

128 EGAÑA, M.S.: *Bienes*, cit., pp. 26 y 42, otros entienden por patrimonio autónomo aquel conjunto de bienes atribuidos a una persona jurídica en formación, es decir, que no ha llegado a ser todavía sujeto de derecho por cuanto no le ha sido atribuida la personalidad. Tampoco podemos admitir esta noción porque nos lleva a una de estas tres hipótesis: o no se han traspasado todavía los bienes por parte de quienes los aportan a otra persona jurídica, que todavía no se ha constituido, y entonces estos bienes permanecen en el patrimonio del aportante y forman parte del patrimonio suyo y no de ningún patrimonio autónomo, o han salido del patrimonio del aportante, pero no han entrado en el patrimonio de la otra persona jurídica porque está en formación, todavía no se ha constituido, y entonces pasan a ser cosas de nadie, no pasan a constituir patrimonio. O bien han entrado a formar parte de la persona jurídica colectiva ya formada, y entonces tampoco constituyen ninguna clase de patrimonio autónomo, sino patrimonio normal de ésta. De modo, pues, que descartamos absolutamente la noción de patrimonio autónomo.

patrimonios separados como los patrimonios autónomos<sup>129</sup>. Algunos autores patrios refieren someramente a *patrimonio administrativo o en administración* como aquel de tipo excepcional, desligado de la relación de dependencia con ningún titular. En cuyo caso existe un titular interino que está al servicio de un fin<sup>130</sup>. No obstante, la categoría no aporta mucho y parece comprender aspectos de los patrimonios autónomos y separados.

## VII. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL<sup>131</sup>

La responsabilidad patrimonial es el fenómeno por el cual los bienes del deudor están sometidos a las acciones ejecutivas de sus acreedores, quienes pueden ver satisfechas sus acreencias sobre los bienes del deudor; a raíz del incumplimiento de éste. Consagrada en el artículo 1863 CC: “El obligado personalmente está sujeto a cumplir su obligación con todos sus bienes habidos y por haber”. Con respecto a los bienes que son objeto de la responsabilidad patrimonial, por cuanto el patrimonio es variable, se ha afirmado que lo correcto sería señalar que el obligado responde por el incumplimiento de sus obligaciones con los bienes que cuente para el momento en que se produce la ejecución<sup>132</sup>, lo cual parece lógico, dado que la expresión bienes habidos, que son los que tenía para el momento de contraer la obligación, atiende a un momento pasado y por ello algunos podrían haber dejado de formar parte del patrimonio por causas materiales o jurídicas (destrucción, venta, donación, etc.), para el momento en que se hace efectiva la responsabilidad patrimonial de manera forzosa.

Como complemento de lo anterior, el artículo 1864 del CC venezolano indica: “Los bienes del deudor son la prenda común de sus acreedores, quienes tienen en ellos un derecho igual, si no hay causas legítimas de preferencia. Las causas legítimas de preferencia son los privilegios y las hipotecas”. La idea de la responsabilidad patrimonial confirma que se responde con ese conjunto de relaciones patrimoniales, esto es, el activo responde del pasivo, a los fines de satisfacer la agresión de los acreedores. Aunque una persona puede llegar a tener simultáneamente más de una masa patrimonial, por constituir universalidades o patrimonios separados<sup>133</sup>.

Se afirma que el patrimonio es una institución jurídica que fue elaborada para explicar, entre otros, los problemas o situaciones relativas a *la responsabilidad*

---

129 LAGRANGE, E.: *Apuntes*, cit.

130 GRATERÓN GARRIDO, M.: *Derecho*, cit., pp. 36; PIÑA VALLES, O.: *Bienes*, cit., pp. 23 y 25, lo ubica entre las clases de patrimonio a la par del separado y el autónomo.

131 Véase: KUMMEROW, G.: *Bienes*, cit., pp. 25 y 26; AVELEDO MORASSO, L. E.: *Las cosas*, cit., pp. 35 y 36; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, Caracas, 2017, pp. 18 y 19.

132 En ese sentido véase: CARNELUTTI, F.: *Sistema*, cit., pp. 578-579.

133 LAGRANGE, E.: *Apuntes*, cit.

*patrimonial*, la subrogación real y la herencia<sup>134</sup>. El patrimonio constituye la llamada prenda común de los acreedores, esto es, propicia la responsabilidad patrimonial del deudor con todos sus bienes, excepto los que son inalienables o inembargables<sup>135</sup>. La persona no tiene un derecho de propiedad sobre su patrimonio sino que es titular del mismo<sup>136</sup>. Se aprecia así que la idea de patrimonio está indisolublemente ligada a “responsabilidad patrimonial”, esto es, a la sujeción de los bienes del deudor frente a la agresión de sus acreedores.

Además de las acciones ejecutivas que pueden intentar los acreedores, también pueden ejercer las denominadas acciones de conservación, que inciden sobre la forma en que el deudor administra su patrimonio: la acción oblicua (artículo 1278 C.C.), la acción pauliana (artículo 1279 C.C.) y la acción de simulación (artículo 1281 C.C.). Dichas acciones se diferencian, entre otros aspectos, en que en la acción oblicua se ejercen las acciones del deudor negligente, para que el pago ingrese al patrimonio del deudor y poder luego intentar una acción ejecutiva (actuación que aprovecha a todos los acreedores); en la acción pauliana se combaten actos realmente efectuados, dado que los acreedores buscan proteger el patrimonio del deudor solicitando la revocación de actos dolosos o fraudulentos que se hagan para su disminución, por lo que de obtener una decisión favorable, los bienes que habían sido objeto del negocio jurídico cuestionado, pueden ser atacados –únicamente– por el acreedor que intentó la acción pauliana; y en la simulación se atacan actos ficticios (la simulación puede ser relativa o absoluta dependiendo de si el acuerdo de voluntades es total o parcialmente falso), para demostrar, que en realidad un bien no ha dejado de formar parte del patrimonio del deudor<sup>137</sup>.

Vemos así que a pesar de la abstracción de la noción de patrimonio, se trata de un concepto esencial para el “Derecho Civil *Patrimonial*”, al punto que integra su terminología. Y de hecho el Derecho de Obligaciones se define como aquella parte del Derecho Civil que estudia la responsabilidad patrimonial de la persona<sup>138</sup>, lo que denota la importancia práctica del instituto por el que someramente nos paseamos.

134 HERRERA VILLANUEVA, J.J.: “El patrimonio”, cit., p. 70.

135 Ibid., p. 93. Véase sobre los bienes que no están sujetos a ejecución: ANGRISANO SILVA, H. J.: *Tutela de la Ejecución Judicial (Aspectos Prácticos de la Ejecución de Medidas)*, FUNEDA, Caracas, 2011, pp. 111-115; OCHOA GÓMEZ, O. E.: *Bienes*, cit., pp. 76-77.

136 HERRERA VILLANUEVA, J.J.: “El patrimonio”, cit., p. 97, el patrimonio es una agrupación abstracta de universalidades jurídicas, su existencia es ideal.

137 Véase sobre las acciones protectoras del crédito: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Curso*, cit., pp. 321-348.

138 ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A.: *Curso de Derecho de Obligaciones. Teoría General de la Obligación*, vol. I, Madrid, Civitas, 2000, p. 21.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

ABELENDÁ, C. A.: *Derecho Civil Parte General*, t. II, Astrea, Buenos Aires, 1980.

ÁGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Derecho Civil II, Cosas, Bienes y Derechos Reales*, 12ª ed., Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011.

ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho Civil Español Común y Foral I Introducción y Parte General*, Bosch, Barcelona, 1977.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. A.: *Curso de Derecho de Obligaciones. Teoría General de la Obligación*, vol. I, Civitas, Madrid, 2000.

ANGRISANO SILVA, H. J.: *Tutela de la Ejecución Judicial (Aspectos Prácticos de la Ejecución de Medidas)*, FUNEDA, Caracas, 2011.

AVELEDO MORASSO, L. E.: *Las cosas y el derecho de las cosas. Derecho Civil II*, Paredes, Manuales Universitarios, Caracas, 2006.

BIONDI, B.: *Los Bienes*, Bosch, Barcelona, 2003 (Traducción de la segunda edición italiana, revisada y ampliada, con anotaciones sobre el Derecho español, por A. MARTÍNEZ RADIO).

BLONVAL LÓPEZ, M.: *Derecho civil: Bienes*, Ediciones del Rectorado de la Universidad de Carabobo, Valencia, 1976.

BONNECASE, J.: *Tratado Elemental de Derecho Civil*, edit. Pedagógica Iberoamericana, Colección Clásicos del Derecho, México, 1995 (Trad. E. FIGUEROA ALFONZO).

BURGOS VILLASMIL, J. R.: *Lecciones sobre Quiebra*, Editorial La Torre, Caracas, 1980.

CANCELA, O. J. y otros: *Instituciones de Derecho Privado*, Astrea, Buenos Aires, 1998.

CÁRDENAS MEJÍAS, J. P.: *El Contrato de fiducia y el patrimonio autónomo*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2014.

CARRILLO L., C. O. y F. MÁRQUEZ DE KRUIPIJ: *Lecciones de Derecho Civil II*, Universidad de Los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho, Mérida, 1989.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: "En torno a la teoría del patrimonio", *Revista de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 1-4, 1950-2.

CARNELUTTI, F.: *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Vol. II, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, Buenos Aires, 1993.

CIFUENTES, S.: *Elementos de Derecho Civil Parte General*, Astrea, Buenos Aires, 1991.

COVIELLO, N.: *Doctrina General del Derecho Civil*, UTEHA, México, 1949.

CRISTÓBAL MONTES, A.: *La Venta de la Herencia*, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1968.

CRISTÓBAL MONTES, A.: *La Separación de los Bienes Hereditarios*, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1970.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La protección jurídica del concebido en el derecho español", *Rev. Boliv. de Derecho* núm. 22, Julio 2016.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*, Revista Venezolana de Legislación y jurisprudencia, Caracas, 2017.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: "El procedimiento de Ausencia", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* núm. 3. Caracas, 2014.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Manual de Derecho Civil I Personas*, Paredes, Caracas, 2011.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Manual de Derecho Sucesorio*, Texto, Caracas, 2010.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: "Los atributos de las personas", *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* núm. 147, Caracas, 2009.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Diccionario de Derecho Civil*, Panapo, Caracas, 2009.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Inicio y extinción de la personalidad jurídica del ser humano (nacimiento y muerte)*, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Estudios Jurídicos núm. 17, Caracas, 2007.

EGAÑA, M.S.: *Bienes y Derechos Reales*, Escelicer, Madrid, 1964.

FORTES G., C. y D. LÓPEZ L: *Liquidación del patrimonio separado*, [https://www.u-cursos.cl/derecho/2004/2/D/127D0765/5/material\\_docente/bajar?](https://www.u-cursos.cl/derecho/2004/2/D/127D0765/5/material_docente/bajar?)

GHERSI, C.A.: *Derecho Civil Parte General*, Astrea, Buenos Aires, 1993.

GOLDSCHMIDT, R.: "El fideicomiso en la reciente legislación venezolana", *Estudios de Derecho Comparado*. Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1958.

GRATERÓN GARRIDO, M.: *Derecho Civil II: Bienes y Derechos Reales*, Paredes, 4ª ed., Caracas, 2010.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, E.: *El Patrimonio. El Pecuniario y el Moral o Derechos de la Personalidad y Derecho Sucesorio*, Porrúa, México, 1990.

HANISCH E.: "El patrimonio en el Derecho romano", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 4, 1977, pp. 11-92.

HERRERA VILLANUEVA, J. J.: "El patrimonio", *DR Colegio de Notarios del Distrito Federal*, 2014, pp. 67-99.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. (coord.): *Derecho Mercantil*, Vol. II, Ariel, Barcelona, 2002.

KUMMEROW, G.: *Bienes y Derechos Reales*, 5ª ed., Mac Graw Hill, Colombia, 2001 (Revisión técnica: L. SÁNCHEZ).

KUMMEROW, G.: "La Transformación del Patrimonio en el Derecho Civil Moderno (Con especial referencia al derecho venezolano)", *Ponencias Venezolanas al Congreso Internacional de Derecho Comparado*, Upsala, Agosto de 1966, Publicaciones del Instituto de Derecho Privado, Caracas, 1966.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e introducción al Derecho*, 5ª ed., Dykinson, Madrid 2006 (Revisión: J. DELGADO ECHEVERRÍA y M. PARRA LUCÁN).

LARENZ, K.: *Derecho Civil. Parte General*, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Jaén, 1978.

LA ROCHE, A. J.: *Derecho Civil II*, Impresora Nacional, Maracaibo, 1981.

LARROUMET, Ch.: *Derecho Civil: Introducción al estudio del derecho privado*, Legis, Colombia, 2008.

LÓPEZ HERRERA, F.: *Derecho de Sucesiones*, 4ª ed., t. II, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008.

LOUIS COLMENARES, A.: *Derecho civil II: Bienes y Derechos Reales (Guía y Materiales para su estudio por Libre Escolaridad)*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1995.

LLAMBÍA, J.J.: *Tratado de Derecho Civil: Parte General*, Perrot, Buenos Aires, 1997.

MACHICADO, J.: *Teoría Del Patrimonio-Personalidad*, Apuntes Jurídicos, 2013 <https://jorgemachicado.blogspot.com/2013/04/tpp.html>

MARTÍN AZCANO, E. M.: *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad. Aspectos Cíviles*, La Ley, Madrid, 2011.

MAZEUD, H. y otros: *Lecciones de Derecho Civil, Parte Primera, Vol. I, Introducción al estudio del Derecho Privado. Derecho Objetivo. Derecho Subjetivo*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1976 (Trad. L. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO).

MESSINEO, F.: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954

MORLES HERNÁNDEZ, A.: "El fideicomiso de garantía en el derecho venezolano", *Homenaje a Aníbal Domínicí*, Ediciones Liber, Caracas, 2008.

MORLES HERNÁNDEZ, A.: "Breve introducción al estudio de la Ley de Instituciones del Sector Bancario", *Análisis y Comentarios a la Ley de Instituciones del Sector Bancario*, FUNEDA, Caracas, 2011.

MORO ALMARAZ, M.J. e SÁNCHEZ CID, I.: *Nociones Básicas de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 1999.

OCHOA GÓMEZ, O.E.: *Bienes y Derechos Reales Derecho Civil II*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008.

PEÑA QUIÑONES, E. y G. PEÑA RODRÍGUEZ: *El Derecho de Bienes*, Legis, Bogotá, 2008.

PIÑA VALLES, O.: *Bienes y Derechos Reales. Esquemas Prácticos*, Vadell Hermanos, Caracas-Valencia-Venezuela, 2014.

PISANI, M.A.: *La Quiebra: Derecho venezolano*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005.

PLANIOL, M. y G. RIPERT: *Derecho Civil*, Colección Clásicos del Derecho, Colección Textos Jurídicos Universitarios, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1996 (Trad. Leonel Pereznieta Castro).

PUIG PEÑA, F.: *Introducción al Derecho Civil Español Común y Foral*, Atenea, Caracas, 2008.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "Teoría General del Patrimonio", *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos* (Coord. GARRIDO MELERO, M., y J. M. FUGARDO ESTIVILL), t. I, Bosch, Barcelona 2005.

RODRÍGUEZ AZUERO, S.: *Contratos Bancarios. Su Significación en América Latina*, 4ª ed., Biblioteca Felaban, Bogotá, 1998.

ROGEL VIDE, C.: *Derecho de la Persona*, Bosch, Barcelona, 1998.

SÁNCHEZ BRITO, E.: *Derecho Civil Bienes*, 2ª ed., Universidad de Carabobo, Valencia, 2012.

SATTA, S.: *Instituciones del Derecho de Quiebra*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951.

SCHOUPE, J.P.: *Derecho Patrimonial Canónico*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 2007.

VAESA OVALLE, J. G.: "Extensión moral del patrimonio", *Ars boni et aequi*, Año 7 N° I, Chile, 2010.

VON THUR, A.: *Derecho Civil Los derechos subjetivos y el patrimonio*, Vol. I., Marcial Pons, Madrid, 1998.





PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y GARANTÍAS  
HIPOTECARIAS

*PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY AND THE MORTGAGE GUARANTEE*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 306-319*



Stefania  
GIOVA

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 30 de octubre de 2017

**ARTÍCULO APROBADO:** 15 de noviembre de 2017

**RESUMEN:** El presente estudio analiza el papel del principio de proporcionalidad en el marco de la garantía hipotecaria, sugiriendo ideas útiles para aclarar el problema general de la relación entre la deuda y las garantías. El A. Arroja luz sobre el sustrato axiológico del principio que se manifiesta en el necesario equilibrio del interés del deudor a no sufrir un sacrificio "mayor de lo necesario" y aquél, opuesto, del acreedor a estar adecuadamente garantizado. El principio, antes de ser elevado a rango constitucional, orientó al legislador de 1942 en la definición de las reglas del C.C. sobre inscripción y sobre reducción de la hipoteca, donde se contempla un equilibrio tanto en la fase de constitución de la garantía, con los requisitos relativos a la reducción, como en la fase ejecutiva, con las disposiciones relativas a la "reducción impropia". Su valor como principio general lo hace aplicable no sólo como un instrumento hermenéutico, sino también en su capacidad prescriptiva, como maximización de los valores subyacentes, lo que permite reducir los remedios de equidad en los casos de otorgamiento voluntario de la garantía.

**PALABRAS CLAVE:** Principio de proporcionalidad, garantías hipotecarias.

**ABSTRACT:** The research analyses the role of the principle of proportionality in the regulation of mortgage security, in addition also suggesting practical solutions for the clarification of the more general problem of the relationship between debt and securities. The Author explains the axiological basis of the principle that manifest in the necessity of balancing the interest of the debtor to not incur a sacrifice "beyond that which is strictly necessary" and, on the other hand, that of the creditor to possess adequate guarantees. The principle, before assuming a constitutional status, orientated legislators in 1942 to define the civil code rules as regards the registration and reduction of mortgages wherever a balance is contemplated both in the phase of the setting up of securities, with limitations regarding their reduction, as well as in the executive phase with arrangements relative to «improper reductions». Its value as a general principle makes it applicable not only as a hermeneutical instrument but also as regards its perceptive capacity, such as the maximization of its underlying values, making possible remedies for the reduction of equity in cases of the voluntary concession of securities.

**KEY WORDS:** Principle of proportionality, mortgage guarantee.

**SUMARIO.- I. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU APLICACIÓN MULTIDISCIPLINAR. LA PROPORCIONALIDAD ENTRE SUJETOS PÚBLICOS Y PRIVADOS.- II. LA DENOMINADA PROPORCIONALIDAD “HORIZONTAL”.- III. LA PROPORCIONALIDAD EN LA HIPOTECA.**

## **I. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU APLICACIÓN MULTIDISCIPLINAR. LA PROPORCIONALIDAD ENTRE SUJETOS PÚBLICOS Y PRIVADOS!**

La noción de proporcionalidad, en el sentido en el que aquí nos referimos, nace con ocasión de un caso conocido por la jurisprudencia alemana, que declaró inválido un acto administrativo, por considerarlo excesivo en relación con la finalidad que con él se pretendía conseguir<sup>2</sup>, sentando el principio de que las limitaciones de la libertad y de los derechos no deben sobrepasar nunca lo que es absolutamente necesario para el logro del objetivo de interés público perseguido por la autoridad que las adopta<sup>3</sup>.

Posteriormente, los Tribunales alemanes fueron precisando el contenido del principio de proporcionalidad, consagrándolo como un límite general de la actividad administrativa, y -en general- de la legislativa, encontrando su fundamento en la Constitución y, en particular, en el Estado de Derecho, del cual son manifestación los artículos 20 GG, y 19, párrafo 2 GG.

- 1 Este trabajo reproduce, agregando las notas esenciales, la intervención realizada durante el Seminario Internacional de Derecho Civil sobre “Las garantías reales y el principio de proporcionalidad” organizado por el IDIBE el 30 de octubre del 2017 en la Universidad de Valencia. Para profundizar el argumento, consulte GIOVA, S.: “Principio di proporzionalità e garanzia ipotecaria”, *Rassegna diritto civile*, 2012, pp. 391 y ss.; *Id.*: *La proporzionalità nell’ipoteca e nel pegno*, ESI, Napoli, 2012, pp. 7 y ss.; *Id.*: “La responsabilità del creditore per l’iscrizione d’ipoteca giudiziale sproporzionata”, *Rassegna diritto civile*, 2017, pp. 294 y ss.
- 2 Nos referimos al caso *Kreuzberg* de 1882, en el marco del cual un tribunal administrativo prusiano consideró inválida la orden de cierre de una tienda de alimentos donde se vendía alcohol, actividad que se llevaba a cabo sin la correspondiente licencia, al no haber evaluado la autoridad la posibilidad de aplicar una sanción menos severa.
- 3 Es relevante la advertencia de FLEINER, F.: *Institutionen Des Deutschen Verwaltungsrecht*, J.C.B. Mohr., Tübingen, 1928, p. 404: «*darf die Polizei mit Kanonen auf spatzenschiessen*» «la policía no tiene que disparar a los gorriones con los cañones!», expresión que, en su versión francesa, se puede traducir como «para aplastar las tuercas no es correcto ni necesario usar el martillo neumático».

### • **Stefania Giova**

Stefania Giova es Catedrática de Derecho Civil en la Universidad de Molise (Italia), donde es también Delegada del Rector para el personal y los recursos humanos. Miembro del Consejo de Administración y Presidente del Grado en Economía Empresarial. Es miembro del Consejo directivo de la S.I.S.Di.C. (Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile) y del Consejo científico de la ADP (Associazione dottorati di diritto privato). Ha escrito tres monografías (La conclusione del contratto via Internet, ESI, 2000, Ordinamento civile e diritto privato regionale, ESI, 2008, La proporzionalità nell’ipoteca e nel pegno ESI, 2012) y es autora de diversos trabajos y estudios doctrinales en el ámbito del derecho de los consumidores, de las garantías reales y de los menores extranjeros no acompañados.

El principio viene definido por tres elementos estrechamente relacionados entre sí: *Geeignetheitsprüfung* -test de idoneidad- el medio utilizado debe ser adecuado para lograr el resultado perseguido; *Notwendigkeitsprüfung* -control de necesidad- el medio escogido tiene que ser aquél que origine el menor sacrificio de los intereses afectados, de tal manera que no sea posible escoger otro, que sea igual de eficaz y menos intrusivo (requisito del "mínimo sacrificio"); *Abwägung* o sea *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne* -valoración de la adecuación o proporcionalidad en su adecuado sentido- o sea la ponderación de los intereses en juego, el justo equilibrio entre las ventajas derivadas del alcanzar el objetivo perseguido y los prejuicios que con ello se ocasionen a los ciudadanos. La constatación de la falta de adecuación comporta la obligación del poder público de no aplicar la medida que ha sido calificada como inadecuada.

En el Derecho comunitario ha sido elaborado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como un principio general que actúa como límite de la actividad legislativa y, posteriormente, ha sido normativizado en el art. 5 del Tratado CE, según el cual la acción de la Unión debe limitarse a lo necesario para alcanzar los objetivos previstos en los Tratados.

En cuanto principio general del Derecho comunitario constituye el criterio de valoración de las relaciones entre los poderes públicos (Instituciones comunitarias y Estados miembros) y los ciudadanos, teniendo como finalidad garantizar el justo equilibrio entre los intereses en juego y la imposición del menor sacrificio posible a los ciudadanos comunitarios.

Por influjo de la normativa comunitaria, el principio -ya presente en Constitución italiana, en la que encontramos diversas referencias (arts. 36, 38, 42, 53, 97 cost.), así como en la legislación de específicos sectores del ordenamiento (penal, trabajo, tributario etc.)- se ha afirmado, cada vez con mayor fuerza, en distintos ámbitos del Derecho nacional, incluso a través de su explícita mención en numerosas disposiciones legislativas.

Es particularmente relevante la importancia que ha adquirido en el Derecho administrativo, donde ha sido recibido a nivel legislativo en cuanto principio de Derecho comunitario, como criterio de valoración de la actuación de la Administración pública, el cual le impone que en el desarrollo de la propia acción escoja la correcta intensidad de las medidas, modulándolas según los parámetros de idoneidad, necesidad y adecuación, de tal manera que pueda alcanzar sus objetivos con el menor sacrificio posible para los intereses involucrados.

En el Derecho penal italiano se manifiesta, ante todo, como proporcionalidad de la pena, como límite lógico del poder punitivo en el Estado de Derecho, ínsito en el concepto retributivo de la pena (desde la consideración de que el mal sufrido

constituye la compensación del mal infligido, siempre que éste sea proporcionado), constitucionalizado en los artículos 3 y 27, párrafo 1, cost., que imponen el tratamiento diferenciado de las situaciones distintas y la inevitable justicia de la pena, intrínseca en el carácter personal de la responsabilidad. Constituye, no sólo el criterio del **an**, sino también el de la predeterminación legislativa del tipo y la medida de la pena. Los elementos de base para determinar la gravedad del hecho son, desde un punto de vista objetivo, el rango de los bienes, según la jerarquía resultante de la Constitución y de la actual realidad socio-cultural, y el grado y gravedad de la ofensa; desde un punto de vista subjetivo, el tipo de culpabilidad.

Pero la proporcionalidad es también el límite para la aplicación de la legítima defensa: la eximente no opera si comporta el sacrificio de un bien desproporcionadamente más relevante que el que halla en estado de peligro, teniendo cuenta todas las circunstancias objetivas concurrentes y, por consiguiente, las características concretas de la ofensa, además de los medios de los que se dispone para contrarrestarla. En tema de medidas cautelares de carácter personal, el art. 275 c.p.p., en el párrafo 1, prevé que «en el momento de disponer las medidas, el juez toma en cuenta la específica idoneidad de cada una en relación a la naturaleza y al grado de las exigencias cautelares que han de satisfacerse en cada caso»; en el párrafo 2 que «cada medida tiene que ser proporcionada a la entidad del hecho y a la sanción que se piense que pueda ser impuesta»; en el párrafo 3 que «la custodia cautelar en la cárcel puede ser dispuesta solamente cuando cualquier otra medida resulte inadecuada», limitando la discrecionalidad del juez, de tal modo que en la elección de la medida cautelar que se debe aplicar al acusado, tiene que tener en cuenta, además de los elementos objetivos, subjetivos y la personalidad del mismo, también la idoneidad de la medida elegida para satisfacer las concretas exigencias cautelares ex art. 214 c.p.p.

## II. LA DENOMINADA PROPORCIONALIDAD “HORIZONTAL”.

Los ejemplos puestos proceden de relaciones de tipo vertical, que se instauran entre sujetos públicos, que ejercitan poderes del Estado, y los ciudadanos. Sin embargo, el principio rige también en las relaciones de tipo horizontal, esto es, las que se dan entre particulares que actúan como sujetos de Derecho privado, tal y como en diferentes ocasiones han tenido ocasión de constatar los jueces europeos<sup>4</sup>. En el ordenamiento italiano, podemos encontrar una aplicación

4 Trib. I grado, 30 aprile 1998, n. 16/96, Racc., 1998, II, p. 757 y ss., donde está resaltada la vigencia del principio en el contrato. El enfoque según el cual resulta oportuna la aplicación del principio de proporcionalidad a las relaciones entre privados se atribuye a PERLINGIERI, P.: “Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti”, *Rassegna diritto civile*, 2001, pp. 341 y ss., ahora en *Id.*, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, ESI, Napoli, 2003, pp. 441 y ss.; *Id.*, “Nuovi profili del contratto”, *Rassegna diritto civile*, 2000, pp. 560 y ss.; *Id.*, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., ESI, Napoli, 2006, pp. 379 y ss.; *Id.*: “Il principio di legalità nel diritto civile”, *Rassegna diritto civile*, 2010, pp. 184 y ss.; *Id.* y IMBRENDA, M.: “Autonomia contrattuale, proporzionalità e ragionevolezza”, en AA. VV.: *Manuale di diritto civile* (coord. P. Perlingieri), ESI, Napoli, 2014, pp. 453 y ss.

“horizontal” del principio en el Decreto Legislativo de 30 de junio de 2003, núm. 196, del denominado Código de la *privacy*, según el cual el tratamiento de los datos personales «no debe exceder de las finalidades por las cuales son recogidos o tratados sucesivamente» (art. 11, párrafo 1, letra d) y, «guardados [...] por un período de tiempo no superior al necesario a los objetivos por los cuales estos han sido seleccionados o sucesivamente tratados (letra. e)». Se trata de un principio de alcance general que se proyecta sobre toda la legislación en la materia (en numerosas ocasiones el precepto es nombrado por la Ley), que procede del Derecho Comunitario.

Además, como ya se ha tenido ocasión de subrayar, tampoco faltan referencias al principio en el código civil y en la leyes especiales, sobre todo, por lo que aquí nos interesa, en materia de obligación y contratos, donde hay diversas las normas que se refieren a la proporcionalidad, algunas de ellas, exigiendo la concurrencia de otras circunstancias, otras codificando directamente situaciones de desequilibrio objetivo (la llamada «proporzionalità legale»)<sup>5</sup>.

Hay, así, que tener en cuenta la rescisión por lesión ex art. 1447 ss. c.c., en la que a la desproporción causada por el estado de necesidad de una parte se añade el aprovechamiento de la otra y el ordenamiento reacciona consintiendo a la parte tutelada optar por el ejercicio de la acción rescisoria; la reducción de la cláusula penal manifiestamente excesiva ex art. 1383 c.c.; la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida ex 1467 cc., y el art. 1525 c.c., que impide la resolución de la venta con reserva de dominio en caso de falta de pago de una sola cuota del precio aplazado.

Los casos antes mencionados son los más significativos, como expresión de un principio de proporcionalidad, que también opera en las relaciones entre particulares. Se trata de un planteamiento que ha sido confirmado, incluso, por algunos pronunciamientos de la Corte de Casación, por ejemplo, en el caso de la reducción de oficio de la cláusula penal y de la cláusula de traslación del riesgo en el

5 Para su aplicación en las relaciones privadas, en el marco europeo, CASUCCI, F.: *Il sistema giuridico proporzionale nel diritto privato comunitario*, ESI, Napoli, 2001, *passim*; BORTOLUZZI, A.: “Proporzionalità”, *Digesto discipline privatistiche. Sezione civile*, Torino, 2007, pp. 1090 y ss., opta por reconocer al principio de proporcionalidad un carácter transversal «en cuanto coincidiría con una lógica aplicable a todos ordenamientos jurídicos y a todas disciplinas de derecho», y que el mismo, entonces, existe en el derecho privado; con este fin menciona los trabajos de BEHAR-TOUCHAIS, M.: “Rapport introductif, Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé?”, *Petites affiches*, 1998, num. 117, pp. 3 y ss. (se trata de la introducción al encuentro organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Paris V sobre el principio de proporcionalidad en el derecho de los contratos y empresas del 20 de marzo 1998) y de POILLOT, E.: *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, L.G.D.J., Paris, 2006, *passim*. Para específicas aplicaciones en el derecho civil, CIPRIANI, N.: *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, ESI, Napoli, 2000, pp. 8 y ss.; POLIDORI, S.: “Principio di proporzionalità e disciplina dell'appalto”, *Rassegna diritto civile*, 2004, pp. 686 y ss.; *Id.*: “L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nell'appalto: proporzionalità, ragionevolezza e «giusto rimedio» nella soluzione dei problemi applicativi”, en *ibidem*, 2016, pp. 569 y ss.; PERLINGIERI, G.: “Svalutazione monetaria ed eccessiva onerosità sopravvenuta”, en AA.VV.: *Domenico Rubino. I Maestri italiani del diritto civile a cura della Società italiana degli Studiosi del diritto civile (S.I.S.D.I.C.)* (coord. por P. Perlingieri y S. Polidori), ESI, Napoli, 2009, pp. 1003 y ss.

contrato de *leasing*. En particular, el principio, que encuentra reconocimiento en la Constitución, debe entenderse, en una primera aproximación, como proporción o cuantificación entre elementos homogéneos y concurre, junto con los principios de razonabilidad y de adecuación, para dar lugar al parámetro de control sobre el merecimiento de tutela del acto de autonomía contractual. Este último, de hecho, para ser merecedor de tutela, según el ordenamiento jurídico italiano, que se haya impregnado por la solidaridad, la igualdad, la tutela de la persona, no puede ser una simple expresión de la libre voluntad de vincularse jurídicamente, sino que debe poder ser encuadrado en el sistema de los principios constitucionales, que establecen la medida de la razonable ponderación entre los intereses y valores que concurren en el caso concreto. Tal planteamiento se contrapone a la visión de la autonomía contractual como libertad abstracta de autorregulación de las relaciones jurídicas, desde una perspectiva individualista, que sitúa la voluntad del sujeto en el centro del ordenamiento.

### III. LA PROPORCIONALIDAD EN LA HIPOTECA.

Para verificar si en materia de hipoteca el Código civil italiano contiene disposiciones que puedan confirmar la tesis de la proporcionalidad entre deuda y garantías, hay que examinar, ante todo, las normas sobre la inscripción, para después ponerlas en relación con las de la reducción. Debemos partir del principio de especialidad previsto en el art. 2809, párrafo I, c.c., conforme al cual la garantía ha de «ser inscrita sobre bienes especialmente determinados y por una suma determinada de dinero»<sup>6</sup>. La especialidad se refiere al objeto, dado que, cualquiera que sea el título, ha de recaer sobre bienes especialmente determinados, sin que en el ordenamiento jurídico italiano sean admisibles hipotecas generales, que graven indistintamente bienes (todos o parte de ellos) del patrimonio del deudor –o del tercero que las constituye– susceptibles de ser hipotecados (llamadas *omnibus*).

La especialización se refiere también a la deuda garantizada, de modo que en la nota de inscripción hipotecaria presentada al Registrador debe estar indicado el importe máximo por el que responde el bien, dicho en otras palabras, la medida cuantitativa de la satisfacción del derecho del acreedor. Este último podrá ejercer el derecho preferente de cobro sobre lo obtenido en la venta forzosa del bien con el límite máximo de la cantidad que figure en la inscripción; y ello, aunque la misma fuera inferior al importe del crédito garantizado; si, por contrario, fuera superior

6 Según la doctrina este requisito es necesario para salvaguardar los derechos de los acreedores terceros del constituyente de la garantía del riesgo que el patrimonio del deudor disminuya con facilidad en violación de la regla *par condicio creditorum*, GORLA, G. y ZANELLI, P.: “Del pegno, delle ipoteche”, en AA.VV.: *Commentario al codice civile Scialoja Branca* (coord. por F. Galgano), 4ª ed., Zanichelli, Bologna-Roma, 1992, p. 383; y, junto a la publicidad de las hipotecas, cuyo fin es que los otros acreedores conozcan el preciso nivel de su deuda, CHIANALE, A.: en *Digesto discipline privatistiche Sezione civile, X, Ipoteca*, UTET, Torino, 1993, pp. 158 y ss.; *Id.*, en *Trattato di diritto civile*, (coord. por R. Sacco), *L'ipoteca*, UTET, Torino, 2010, p. 93, que considera inaplicable a la hipoteca el art. 1938 c.c. relativo al fiador.



a su importe, el acreedor hipotecario podrá satisfacer enteramente su crédito. Como es sabido, el principio de especialidad de la hipoteca fue introducida en las codificaciones de la Europa continental con el objetivo de asegurar la circulación de los bienes y fomentar la concesión del crédito, como reacción a la costumbre del *Ancien Régime* de utilizar hipotecas generales y ocultas. Las primeras, gravando todos los bienes del deudor, comprimían excesivamente su patrimonio; las segundas perjudicaban a los terceros acreedores, lo que resultaba contrario «a los principios modernos que se iban afirmando en materia de responsabilidad patrimonial, esto es, el de publicidad de los gravámenes sobre los bienes, el de la proporcionalidad entre deuda y garantía, y el de *par condicio creditorum*»<sup>7</sup>. Los bienes gravados tienen que estar indicados en la nota de inscripción de cada tipo de hipoteca, incluso en las judiciales, en las cuales el título puede ser general y, por lo tanto, determinar genéricamente todos los bienes del deudor susceptibles de ser hipotecados. En particular, para las voluntarias, el código prescribe que tienen que estar «específicamente designados» (art. 2826 c.c.) en el acto de constitución, por lo que son deducibles del título de inscripción. La misma previsión se contiene en el art. 2817, n.1 y 2, c.c. para las legales. Por el contrario, en las hipotecas judiciales, considerada la generalidad del título, la determinación de los bienes (a no ser que se contenga en el mandamiento judicial) corresponde al acreedor, el cual, en el ejercicio de tal facultad, no puede inscribir bienes de valor superior a un tercio del crédito garantizado, sumando los accesorios ex art. 2855 c.c.

El poder del acreedor de determinar unilateralmente los bienes afectados responde a la exigencia de hacer prevalecer en el momento de la inscripción su interés a una rápida aseguración de su garantía, respecto al del deudor; con el fin de evitar que en los registros inmobiliarios consten datos que se correspondan con su real situación patrimonial, como sucedería con la imposición de gravámenes excesivos. No obstante, el deudor, en un momento sucesivo, podrá hacer valer sus propias razones para la reducción: el código, de hecho, prevé que, en caso de exceso en la inscripción, el deudor tiene el derecho de pedir la reducción «a solamente una parte de los bienes» originalmente hipotecados o a alguna parte perfectamente determinada – o fácilmente distinguible— de las que esté compuesto el único bien gravado (art. 2872, párrafos 1 y 2, c.c.). La restricción no es posible cuando los bienes sujetos a la garantía hayan sido determinados mediante acuerdo (o acto unilateral) o por sentencia (art. 2783, párrafo 1, c.c.). El principio de especialidad hipotecaria también se proyecta sobre la suma garantizada: la indicada en la nota de inscripción no se identifica con el crédito garantizado, pudiendo éste resultar de una obligación pecuniaria que todavía no es líquida o de una obligación distinta a la de dar dinero, de hacer o no hacer. No obstante, en el caso en el que el título

7 BUSSANI, A.: "L'attuale rilevanza delle garanzie immobiliari", intervención a la jornada de estudios en tema de «Responsabilità patrimoniali e garanzie», Roma, 30 septiembre – 2 octubre 2002, en <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/7980.pdf>, p. 20.

indique ya el importe pecuniario garantizado (crédito efectivo), es a éste al que hay que remitirse para la determinación de la suma asegurada.

El interesado, por lo tanto, no podrá inscribir la hipoteca por un monto mayor; lo que sí podrá suceder es que en el acto de constitución se indique una suma inferior, con lo que se limitará el *quantum* garantizado para la satisfacción del derecho de crédito. Cuando, en cambio, la suma garantizada no sea «determinada de otro modo en los actos en base a los cuales está hecha la inscripción o en acto sucesivo», como por ejemplo, en el caso de hipoteca judicial, en la que la sentencia contenga la condena al resarcimiento de daños que deban liquidarse en un juicio separado, o en el de la hipoteca voluntaria constituida en garantía de un crédito no líquido, etc., para hacer posible la rápida aseguración de la garantía, el código prevé que sea establecida por el acreedor en el momento de la inscripción (art. 2838, párrafo 1, c.c.), el cual, sin embargo, no goza de completa libertad para cuantificar la suma, debiendo tener en cuenta en cada caso, aunque sea por aproximación, el previsible valor económico que tendrá el crédito en el momento de la liquidación o el de la conversión en dinero del no pecuniario.

El deudor (o el hipotecando no deudor) que considere la suma inscrita excesiva respecto al presumible monto del crédito, podrá pedir la reducción -respetando el excedente del quinto ex art. 2876 c.c.-, siempre que la determinación no haya tenido lugar mediante sentencia o acuerdo (arts. 2872 y 2873, párrafo 1, c.c.), o sea, cuando el juez o el mismo acreedor unilateralmente o de acuerdo con el deudor, no hayan efectuado la previsión aproximada de la liquidación. Además, está prevista una hipótesis diferente de reducción de la suma garantizada, que no hace referencia, como en los casos que preceden, a un exceso de inscripción, sino a la ejecución de pagos parciales que hayan extinguido, al menos, un quinto de la deuda original (art. 2873, párrafo 2, c.c.), o sea, como es reconocido por la doctrina, a una extinción parcial del crédito (compensación, etc.). Un mecanismo de reducción similar se encuentra en el Decreto legislativo n. 385 del 1983 (Texto único bancario) que, en materia de crédito inmobiliario, permite al deudor que haya extinguido un quinto de la deuda, de pedir la reducción de la hipoteca (art. 39, párrafo 5, cit.).

La norma especial va más allá de la previsión del código, que permite la reducción de la suma, admitiendo también la de los bienes («parcial liberación de uno o más inmuebles hipotecados»), cuando se documente que «los restantes bienes vinculados constituyen una garantía suficiente para el pago de las sumas todavía debidas», según las directrices emitida por la Banca de Italia en virtud del art. 38 del Texto único bancario, que fijan la suma máxima de la financiación inmobiliaria en relación al valor de los bienes hipotecados.

En los casos que acaban de ser descritos, definidos por la doctrina como de «reducción impropia»<sup>8</sup>, se asiste a una «reducción proporcional de la garantía» en la fase ejecutiva, en otras palabras, a un reequilibrio de las posiciones del acreedor y del deudor, que en el desarrollo de la relación han sufrido una alteración. El panorama descrito demuestra que el legislador, al establecer las normas sobre la inscripción y la reducción ha tenido como punto de referencia constante la exigencia de ponderación (mejor dicho, de proporcionalidad) del crédito y de la garantía a él vinculado, sea en la fase genética de la constitución, con las previsiones relativas a la verdadera y propia reducción, sea en la sucesiva de la ejecución, con las prescripciones relativas a la denominada “reducción impropia”.

El principio no pierde su carácter general, a pesar de los casos en los que la regla de la reducción no es aplicable, es decir, la hipoteca voluntaria y judicial, cuando «la cantidad de los bienes o la suma haya sido determinada mediante acuerdo o por sentencia» (art. 2873, párrafo 1, c.c.).

De hecho, tales exclusiones son congruentes con las normas sobre la reducción, ya que hacen referencia a hipótesis en las cuales la suma o los bienes que deben inscribirse, hayan sido determinados de un modo adecuado para garantizar *a priori* el respeto a la necesaria ponderación entre el crédito y la garantía, es decir, con la intervención del juez, con un acto unilateral del deudor o con el acuerdo entre las partes, siendo ilógico prever en beneficio del deudor la posibilidad de pedir sucesivamente la reducción en un marco regulatorio decidido por un órgano público en posición de objetividad o querido directamente por él mismo. Por lo tanto, se puede concluir que ya en las reglas del código relativas a la hipoteca era posible entrever la actuación de un principio de proporcionalidad, de equilibrio entre crédito y garantía, desde el momento en que la satisfacción del interés del acreedor no puede llevar a imponer un gravamen excesivo en relación al crédito garantizado, sacrificándose, así, injustamente la posición del deudor. Este principio, gracias al reconocimiento en la Carta Constitucional del más general de igualdad sustancial (proclamado en el art. 3, párrafo 2, cost., con tendencia a la eliminación de desigualdades de hecho, y al que también se refieren los arts. 36, 38, 42, 53 y 97 cost.), ha sido sensiblemente reforzado, adquiriendo un valor axiológico que lo convierte en el parámetro justificativo primario de las disposiciones normativas que regulan las relaciones privadas. La proporcionalidad, por lo tanto, además de constituir el principio inspirador de la legislación en materia de hipoteca, extiende su esfera de actuación, pasando a ser el valor fundamental que debe orientar a los intérpretes al dar significado a las disposiciones a ella dedicadas (colmando, de igual manera, eventuales lagunas). Es, además, un precepto directamente aplicable en la estimación de las conductas en orden a la realización de los valores que

8 RUBINO, D.: *Trattato diritto civile e commerciale*, (coord. por Cicu y Messineo), *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 483.

afirma y a los que sirve de parámetro para llevar a cabo el control del acto de autonomía privada en orden de la determinación de si el mismo es merecedor de la tutela del ordenamiento jurídico<sup>9</sup>.

A la luz de estos argumentos, se plantea la cuestión relativa a las consecuencias jurídicas que pueden derivar de un acto unilateral o de un acuerdo, por el que el deudor -para un crédito determinado o no líquido- ofrezca o convenga una garantía que vaya más allá de los parámetros del “no exceso” fijados por el legislador para determinar el límite de la cautela a los fines de la reducción de las hipotecas legales y judiciales.

Se trata, en particular, de los casos en los cuales, aun estando determinado en su cuantía el crédito que se quiere garantizar, con un acto de autonomía privada la hipoteca sea libremente concedida por una suma desproporcionada respecto al crédito del cual es accesoria; o también, cuando, la inscripción se haga en relación a bienes con un valor exorbitante. Evidentemente, son situaciones diferentes de las ya analizadas, en las cuales existía una divergencia entre la suma o los bienes indicados en la nota de inscripción y lo que resultaba del título, mientras que en este caso la desproporción se da en la relación entre la entidad del crédito y lo que contiene el título.

Otra hipótesis es el caso de la constitución o del acuerdo para constituir una garantía que exceda del presumible monto de un crédito que todavía no ha sido exactamente determinado. La atención debe, por lo tanto, necesariamente trasladarse al campo de la autonomía negocial, examinando la concreta reglamentación de intereses actuada, para verificar si ésta es conforme a las prescripciones del Derecho, con particular referencia al elemento causal, sobre el cual se concentran los intereses específicos perseguidos por las partes.

La reflexión, por lo tanto, se centra en la valoración del merecimiento de tutela del concreto acto negocial (*rectius* de la causa) que haya dado lugar a un composición de intereses desproporcionada: un exceso de garantías a favor del acreedor, al que corresponda un gravamen excesivo sobre el patrimonio del deudor que, independientemente de un estado de necesidad, de aprovechamiento o de otras situaciones subjetivas, hiciese muy difícil la circulación del bien, así como su utilización ulterior para garantizar futuros accesos al crédito. En otros términos, hay que preguntarse si el ordenamiento puede conceder protección a un acto de constitución unilateral o a un acuerdo que en el título hipotecario incluya una suma exagerada o grave una cantidad de inmuebles que exceda toda prudencia. Aquí el examen de la autonomía privada no concierne al control de la ilicitud de la causa (esto es, a su contrariedad a los valores fundamentales del ordenamiento), ya que

---

9 PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 384.

el denominado “control de merecimiento”, hace referencia a su conformidad a una función jurídicamente y socialmente útil (es decir, a la realización de los valores fundamentales que caracterizan el ordenamiento mismo)<sup>10</sup>. Sobre este terreno el control está destinado a un resultado negativo, dando lugar a una composición de intereses divergente respecto de los valores preminentes de igualdad, de proporcionalidad y de justicia. Cuando el resultado del juicio, de no merecimiento de tutela, fuera la nulidad del acto (ex art. 1418, párrafo 1, c.c.) y, por ello, la nulidad de la misma hipoteca inscrita en base a un título inválido, con la consecuente caducidad de la garantía del crédito, se verificaría una consecuencia excesivamente perjudicial para el acreedor, el cual se encontraría sin garantías específicas. Es evidente, por lo tanto, que la aplicación de este remedio privaría injustamente al acreedor de la garantía específica, provocando un efecto desproporcionado en relación con el uso de otros remedios más adecuados a las exigencias antes mencionadas. La solución, entonces, podría ser buscada, justamente, dando relieve a los intereses concurrentes, en una secuencia lógica consistente en «controlar qué intereses están efectivamente involucrados, ponderarlos en la lógica del sistema y, por último, determinar la medida más adecuada para su tutela»<sup>11</sup>. Con la búsqueda de la solución más apropiada a las exigencias del caso concreto es posible superar las rígidas delimitaciones fijadas por el legislador a través del uso de otros remedios. Esto es, no solo recurriendo a la *analogia legis*, sino también insistiendo en los contenidos normativos de los principios de igualdad sustancial, de proporcionalidad y de razonabilidad. El remedio más idóneo para éste caso, en particular, puede ser recabarse justamente de la disciplina de la hipoteca, en las disposiciones sobre la reducción que el código reserva a las legales y judiciales, con el objetivo de asegurar la proporcionalidad entre la garantía y la deuda. La consecuencia de la falta de merecimiento de tutela, desde la óptica de la conservación de la operación comercial sería, por tanto, hacer más equitativa la composición de los intereses mediante la intervención del juez, el cual podría determinar la medida cuantitativa de la proporción, precisamente, en los límites fijados por el código para la reducción. Por otro lado, en la jurisdicción y en la doctrina se ha observado que la violación de una específica norma imperativa no comporta necesariamente la nulidad (virtual) del contrato, en el caso de que tal remedio resulte desproporcionado e irracional en relación «a la ratio de la prohibición» y a los intereses involucrados en el caso concreto (art. 1418, párrafo 1, c.c.), en otras palabras, lleve a un «resultado excesivo respecto a la actuación de los intereses [involucrados y] protegidos por la norma violada». Desde esta perspectiva la locución según la cual «el contrato es nulo cuando sea contrario a las normas imperativas, a menos que la ley disponga de manera diferente», ex art. 1418, párrafo 1, c.c., exige al intérprete, no solo verificar

10 PERLINGIERI, P. y FEDERICO, A.: “Illiceità ed immeritevolezza della causa”, en AA.VV.: *Manuale*, cit. p. 446.

11 PERLINGIERI, P.: “Il giusto rimedio nel diritto civile”, *Giusto processo civile*, 2011, p. 3; PERLINGIERI, G.: “Alla ricerca del «giusto rimedio» in tema di certificazione energetica. A margine di un libro di Karl Salomo Zachariae”, *Rassegna diritto civile*, 2011, pp. 665 y ss.

si la ley dispone lo contrario, sino también si la ponderación de los intereses y de los valores anteriormente mencionados impone, teniendo en cuenta la eficiencia de los instrumentos técnicos utilizados, una solución diferente y más adecuada a los intereses y a las consecuencias judiciales a las que el remedio elegido conduce.



**POR EL DERECHO DE ENFITEUSIS: DEFENSA DE UNA ÚTIL  
DESMEMBRACIÓN DE LA PROPIEDAD**

***BY THE LAW OF EMPHYTEUSIS: DEFENSE OF A USEFUL LIMITED  
RIGHT***

*Rev. Boliv. de Derecho N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 320-341*





Tatiana OÑATE,  
Luisa FERNANDA  
y Francisco  
TERNERA

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 31 de mayo de 2017

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de junio de 2017

**RESUMEN:** En este breve ensayo nos ocuparemos, primero, de la desmembración de la propiedad denominada usufructo. Segundo, queremos concentrarnos en el estudio del derecho de enfiteusis. Nos proponemos presentar una institución especial del derecho privado, que tiene referentes en el mundo y que podría ofrecernos diversas bondades en la regulación de intercambios económicos en el ámbito rural colombiano.

**PALABRAS CLAVE:** Desmembración, usufructo, contrato, derecho de enfiteusis.

**ABSTRACT:** In this short essay, first, we want to study the limited right of usufruct. Second, we have concentrated on law of emphyteusis. We intend to introduce a special institution of private law, which appears to have references older in the world and which could offer us diverse benefits in the regulation of economic exchanges in Colombia's rural communities.

**KEY WORDS:** Limited right, usufruct, contract, law of emphyteusis

**SUMARIO.-** I. INTRODUCCIÓN.- II. LA DESMEMBRACIÓN CONSAGRADA EN LA NORMATIVA COLOMBIANA: EL INFECUNDO DERECHO DE USUFRUCTO.- I. El contenido del derecho de usufructo.- A) Los poderes del usufructuario sobre el bien.- B) Los vínculos jurídicos del usufructuario.- 2.- La constitución del usufructo.- A) La constitución voluntaria.- B) El usufructo por prescripción.- C) El usufructo legal de los padres- 3. El usufructo limitado: el uso y habitación.- III. LA DESMEMBRACIÓN OMITIDA POR LA NORMATIVA COLOMBIANA: EL PROMISORIO DERECHO DE ENFITEUSIS.- I. Las lacónicas referencias al derecho de superficie o enfiteusis en la normativa colombiana.- A) La superficie o enfiteusis y el régimen de la accesión.- B) La superficie o enfiteusis y el régimen de garantías mobiliarias.- 2. El concepto del derecho de superficie o enfiteusis.- A) Aproximación al concepto.- B) La fórmula que se pretende proponer. IV. CONCLUSIONES.- V. BIBLIOGRAFÍA.

---

## I. INTRODUCCIÓN

Según la “Misión para la Transformación del Campo” Colombiano (ejercicio concebido en el 2014 por el Departamento Nacional de Planeación de Colombia, DNP), el campo colombiano está dominado por la informalidad y la precariedad. Las cifras son preocupantes: el 19.5% de los detentadores de la tierra son meros tenedores –principalmente arrendatarios-, el 59.1% son explotadores informales -poseedores- y solamente el 21.4% son explotadores formales -titulares de derechos reales-. Por lo demás, según el “Censo Nacional Agrario de 2015”, de las más de 42 millones de hectáreas que permiten explotación agropecuaria, solamente 7 millones y fracción se reconocen como áreas efectivamente cultivadas. Todos estos guarismos nos conducen a una incontestable evidencia: en Colombia hay

### • Tatiana Oñate A.

Tatiana Oñate A.: Profesora de la Carrera Académica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario de Colombia. 2002-2003. LLM En Derecho francés, europeo e internacional de negocios. 2002-2003. Especialización en estudios jurídicos internacionales. Instituto de Altos Estudios Internacionales - Universidad Paris II (Panthéon-Assas). 2001-2002. Maestría en Derecho administrativo. Derecho Administrativo y Derecho Constitucional. Universidad Paris II (Panthéon-Assas). 2001-2002. Especialización en terminología jurídica. Derecho comparado francés, latinoamericano y español. Instituto de Derecho Comparado – Universidad Paris II (Panthéon-Assas). 1993-1997. Abogada. Universidad del Rosario. Correo electrónico: Tatiana.onate@urosario.edu.co.

### • Luisa Fernanda García

Profesora de la Carrera Académica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario de Colombia. Con cátedra en pre-grado, posgrado y maestría en las áreas de derecho constitucional, derecho administrativo y derecho constitucional comparado hace parte del Grupo de Derecho privado de la Facultad y dirige la Línea de investigación “Confluencias entre Derecho Público y derecho Privado”. Cuenta con un PH.D en Derecho público de la Universidad Montpellier I (Francia) y ha sido profesora invitada en el Master 2 de Derecho constitucional de la Universidad de Bordeaux I (Francia). Abogada. Universidad del Rosario. Correo electrónico: Luisa.garcia@urosario.edu.co

### • Francisco Ternera B.

Profesor de la Carrera Académica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario de Colombia. 2008-2012. Doctor en Derecho. Doctor por la Universidad Alfonso X de Madrid. 2008-2009. Maestría (D.E.A.). Derecho administrativo. Universidad Alfonso X de Madrid. 2002–2003. Maestría en Derecho privado general. Universidad Paris II (Panthéon-Assas). 1998-1999. Maestría (D.S.U.). Derecho civil. Universidad Paris II (Panthéon-Assas). Especialización en derecho público comparado terminología jurídica. Derecho público comparado francés, latinoamericano y España. Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Paris II (Panthéon-Assas). 1993–1997. Correo electrónico: Abogado. Universidad del Rosario. Correo electrónico: Francisco.ternera@urosario.edu.co.

una ineficiente explotación de la tierra. En otras palabras, Colombia es un país de explotadores informales. Al lado de diversas herramientas de formalización de la tierra, tales como el fortalecimiento de las acciones de pertenencia o de usucapión o el aumento de las adjudicaciones de baldíos, en las siguientes líneas nos ocuparemos del siguiente instrumento: la defensa del derecho de superficie o enfiteusis como una útil desmembración de la propiedad.

Como se sabe, el dominio o propiedad es el derecho real más amplio. Ofrece a su titular los principales poderes directos que se pueden tener respecto de una cosa. En un aparte célebre de las Instituciones de Justiniano se precisa que el dominio es *incipit plenam in re habere potestatem* (Instituciones, Libro Segundo, IV, iv). Desde luego, al lado de la propiedad encontramos otros derechos reales “limitados”, que ofrecen un restringido disfrute (p.ej. usufructo, uso y habitación, servidumbre, prenda e hipoteca). Dentro de ellos, especial mención merecen las denominadas desmembraciones de la propiedad: derechos reales que “descomponen”, “fragmentan” o “disgregan” a la propiedad. En Colombia, puntualmente se reconocen solamente dos desmembraciones de la propiedad: el usufructo y el uso y habitación –el usufructo restringido-.

Como se informa desde la jurisprudencia, el panorama de la desmembración de la propiedad es el siguiente: “Se suscita así una hipótesis de concurrencia de dos derechos reales sobre idéntico objeto, que gozan del respeto recíproco de sus titulares: el dominio, por un lado, en razón del cual conserva el propietario la facultad de disposición sobre él, y el usufructo, uso o habitación, por la otra, que en tanto perduren conceden el disfrute de ella al usufructuario, usuario o a quien pertenece el derecho de habitación, según el caso, derechos que al despojar el dominio de sus más importantes ventajas, lo limitan, constituyen desmembraciones de él, de ahí que en tales eventos la propiedad sea mera o nuda, como la define el artículo 669 del Código Civil, porque a diferencia de lo que ocurre con la propiedad plena, está privada de algunas de sus prerrogativas esenciales”<sup>1</sup>.

Empero, hoy por hoy observamos una absoluta irrelevancia de estas desmembraciones de la propiedad en el contexto inmobiliario colombiano. Por ejemplo, según el citado Censo Nacional Agrario de 2015, todas las desmembraciones de la propiedad no alcanzan el 1% de la total finca inmobiliaria colombiana.

Por un lado, el derecho de usufructo parece reducirse al ámbito de las relaciones familiares-sucesorales. La práctica es la siguiente: los padres enajenan a sus hijos la nuda propiedad y se reservan el derecho de usufructo sobre un determinado bien. Una vez muerto el usufructuario, el derecho de usufructo se extingue. Así las cosas,

---

1 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de abril de 2008. M.P.: Jaime Arrubla Paucar.

se consolida la propiedad plena en cabeza del nudo propietario<sup>2</sup>. Al margen de este discutible “servicio”, el usufructo no parece ofrecer ningún otro aporte a la sociedad colombiana. Por ejemplo, los proyectos de explotación de la tierra son absorbidos totalmente por la dinámica del arrendamiento, que desde luego, no impone la constitución de derecho real alguno a favor del explotador y que, por ende, no exige ningún trámite oneroso. Por su parte, el uso y habitación –el usufructo restringido– es absolutamente desconocido en el ámbito inmobiliario colombiano.

Así las cosas, pretendemos estudiar las siguientes cuestiones: ¿Cuál debe ser el régimen de las desmembraciones en Colombia? ¿Cómo podría adoptarse un régimen de propiedad superficial? A continuación nos adentraremos en las desmembraciones consagradas y desconocidas por el régimen jurídico colombiano.

## II. LA DESMEMBRACIÓN CONSAGRADA EN LA NORMATIVA COLOMBIANA: EL INFECUNDO DERECHO DE USUFRUCTO

El usufructo, como ya lo anotamos, puede ser visto como una forma de desmembrar el dominio, porque los poderes que le son reconocidos al usufructuario son “despojados” o “sustraídos” del derecho real de propiedad –que deviene en nuda propiedad–. Una vez constituido el usufructo, reconocemos, pues, que coexisten, en distintos patrimonios, dos derechos reales sobre un mismo bien: nuda propiedad y usufructo. Se trata de dos derechos reales diferentes que recaen sobre una misma cosa.

### I. El contenido del derecho de usufructo

Como todos los derechos reales, el usufructo ofrece a su titular ciertos poderes directos sobre el bien y le impone ciertas obligaciones reales.

#### A) Los poderes del usufructuario sobre el bien

Los poderes del usufructuario sobre el bien son *erga omnes*. El usufructuario puede usar la cosa, servirse de ella. Igualmente, puede gozar la cosa, recoger los frutos. Además, debe precisarse que el usufructuario puede, por regla general, disponer jurídicamente de su derecho real de usufructo (art. 852 C.C. col.). Sin embargo, en principio, el usufructuario tiene que conservar la sustancia de la cosa.

En cuanto al poder de uso, el ejercicio del derecho real del usufructuario implica, en principio, la detentación física del bien –salvo la hipótesis del arrendamiento permitido al usufructuario–. Para su beneficio personal, el usufructuario puede

2 Por lo demás, se trata de una dinámica conocida en toda Latinoamérica. Véase: URBANEJA, M.: “Usufructo inmobiliario: aspectos notariales y registrales”, en AA.VV: *El Usufructo* (coord. por R. Lamber), Heliasta, Buenos Aires, 2011, p. 225.

servirse del bien, recibir de este todo tipo de beneficios. Dentro de este poder de uso deben incluirse todas las facultades de administración. Ahora bien, mientras el usufructuario no rinda la caución ni elabore, a su costa, el inventario solemne, la administración del bien estará a cargo del nudo propietario, quien deberá “dar el valor líquido de los frutos al usufructuario” (art. 835 C.C. col.).

Por su parte, el goce es el principal poder directo del usufructuario. En efecto, el *ius fruendi* se reconoce como una permisión que hace el ordenamiento al usufructuario para que apropie los frutos emanados de un bien. Es decir, el usufructuario, por tener tal calidad, se convierte en propietario de los frutos naturales (incluso los frutos pendientes, art. 840 C.C. col.) y los frutos civiles obtenidos del bien (v. gr., el arrendamiento del bien, art. 852 C.C. col.).

Así mismo, al usufructuario se ofrece un poder restringido de disposición de la sustancia del bien, con ocasión de la explotación de ciertos productos emanados de la cosa fructuaria. Como ya lo hemos precisado, cuando hablamos de frutos nos referimos a los rendimientos emanados de la cosa madre con cierta periodicidad, sin que su aprovechamiento signifique una alteración de la sustancia de la cosa fructuaria. Por su parte, los productos son los bienes que provienen de la cosa, esporádicamente, y su aprovechamiento reporta necesariamente menoscabo o agotamiento de la sustancia<sup>3</sup>. En efecto, el Código Civil colombiano autoriza al usufructuario el goce de ciertos productos, como los bosques y arbolados (respondiendo siempre por los árboles que derribe, con la obligación de sembrar otras especies, art. 842 C.C. col.). Por otro lado, el usufructuario debe reponer los animales que mueran o se pierdan, con las crías del rebaño o ganado entregado. Por supuesto, el usufructuario será responsable por sus actos culposos o dolosos que impidan el futuro aprovechamiento del bien (art. 823 C.C. col.).

Respecto de la disposición jurídica del derecho de usufructo, pretendemos explorar si el usufructo se puede transferir por tradición y si se puede transmitir por sucesión *mortis causa*. En cuanto a la transferencia, anotamos que el usufructuario puede ceder su derecho, transferirlo de su patrimonio a otro patrimonio, siempre que no haya sido prohibida esta facultad por el constituyente en el título de constitución<sup>4</sup>. En este caso identificaremos dos usufructuarios: un usufructuario cedente y otro cesionario. El usufructuario cedente, si bien se desprende de su

3 En la doctrina se definen como “aquellos objetos que no se pueden separar de ella (la cosa madre) sin alterar o disminuir sus sustancia, que no son susceptibles de regenerarse o que, si lo son, no lo harán en un plazo normal o aceptable: las piedras que se consiguen de una cantera, el mineral que se saca de una mina el árbol que da sombra”. DE REINA TARTIÈRE, G.: “El estatuto del usufructo a partir de la idea de la preservación de la sustancia del objeto”, en AA.VV.: El Usufructo (coord. por R. Lamber), Heliasta, Buenos Aires, 2011, p. 28. En Roma misma ya se presentaba la diferencia, por ejemplo, a propósito del parto de la esclava. Véase: CARDILLI, R.: *La nozione giuridica di fructus*, ESI, Nápoles, 2000, pp. 84 y ss.

4 Incluso en el caso de que el usufructo sea intransmisible –porque así lo ha determinado el constituyente, art. 852 C.C.– podemos imaginar una hipótesis de enajenación del usufructo: su renuncia a favor del nudo propietario, en cuya cabeza se consolida la propiedad plena. La doctrina proponen otro ejemplo: “el supuesto

derecho real de usufructo en beneficio del usufructuario cesionario, no se libera de su responsabilidad frente al nudo propietario (art. 852 C.C. Col.). Por lo demás, la muerte del usufructuario cedente impondrá la terminación del usufructo<sup>5</sup>, incluso respecto del cesionario (art. 853 C.C. Col.).<sup>6</sup> Se trata de la misma consecuencia jurídica contemplada por el artículo 893 del C.Co. Col., relacionada con la responsabilidad del cedente frente al contratante cedido en el contrato de cesión de contrato. El antiguo usufructuario es, pues, una especie de garante frente al nudo propietario de las obligaciones asumidas por el nuevo usufructuario.

En suma, podría afirmarse que el usufructo es un derecho naturalmente transferible (art. 1501 C.C. Col.). En efecto, en el acto de constitución, el constituyente puede prohibir expresamente la cesión o transferencia del usufructo del patrimonio del usufructuario a otro patrimonio (en este caso, se tratará de un usufructo intransferible). Por lo demás, debe precisarse que cualquier desconocimiento de la voluntad del constituyente carecerá de efectos jurídicos. Además, este tipo de comportamientos, que contravienen la voluntad del constituyente, dan lugar a la terminación del usufructo (art. 852 C.C. Col.).

Respecto de la transmisión, debe precisarse que el derecho real de usufructo es intransmisible por causa de muerte (por testamento o abintestato, art. 832 C.C. Col.). En efecto, el usufructo es un derecho real temporal sujeto a un término establecido en el título de constitución. Este término estará siempre limitado por la vida del usufructuario; con su muerte se extingue el usufructo, incluso si el plazo expreso previsto no ha expirado (art. 865 C.C. Col.). Si el constituyente, en el acto de constitución, no estableció un término expreso y determinado, se entenderá que el usufructo se constituyó por toda la vida del usufructuario -plazo indeterminado-<sup>7</sup>. Si se trata de una persona jurídica, el término máximo será de treinta años (art. 829 C.C. Col.). Establecido el plazo de duración del usufructo, se pueden estipular eventos futuros e inciertos (condiciones), cuyo cumplimiento ponga fin anticipadamente al usufructo<sup>8</sup>.

---

en que el usufructuario y el nudo propietario se pongan de acuerdo para derivar sus respectivos derechos a un tercero.”

DE REINA TARTIÈRE, G.: “El estatuto del usufructo a partir de la idea de la preservación de la sustancia del objeto”, en AA.VV: El Usufructo (coord. por R. Lamber), Heliasta, Buenos Aires, 2011, p. 32.

- 5 De lo contrario, la cadena cesiones usufructuarias podría burlar el carácter temporal del derecho (los comportamientos, que contravienen la voluntad del constituyente, dan lugar a la terminación del usufructo - el usufructuario cedente, si bien se desprende de su derecho real de usufructo en beneficio del usufructuario cesionario, no se libera de su responsabilidad frente al nudo propietario, art. 852 C.C. Col.).
- 6 Además, aclaramos lo siguiente: si respecto del primer usufructo se estableció un término expreso (por ejemplo, cinco años), su expiración impondrá la terminación del derecho real de usufructo, incluso respecto del usufructuario cesionario.
- 7 De manera gráfica, en el *Common Law* al usufructuario se le denomina *life tenant*.
- 8 Una notable excepción a esta regla general de intransmisibilidad del usufructo la encontramos en el artículo 97 de la Ley 300 de 1996 Col., en relación con los usufructos de tiempo compartido. Expresamente, en esta norma se consagra que “el usufructo constituido para estos fines será transmisible por causa de muerte”. Se define el sistema de tiempo compartido turístico como “aquel mediante el cual una persona natural o jurídica adquiere, a través de diversas modalidades, el derecho de utilizar, disfrutar y disponer, a perpetuidad o temporalmente, una

## B) Los vínculos jurídicos del usufructuario

El ordenamiento, además de permitirle al titular del derecho de usufructo ejercer ciertos poderes sobre el bien, le impone ciertos vínculos jurídicos, especialmente respecto del nudo propietario. Estos derechos personales entre el usufructuario y el nudo propietario deben considerarse como elementos accesorios a la titularidad del derecho real. En efecto, pensamos que existe entre los derechos de nuda propiedad y usufructo una correlación necesaria. Si bien el usufructo y la nuda propiedad no constituyen una comunidad, pues esta implica la existencia de dos derechos de naturaleza idéntica sobre una cosa, en los dos escenarios se generan diversos vínculos jurídicos entre el nudo propietario y el usufructuario. El usufructuario, respecto del nudo propietario, se desempeña tanto como sujeto activo como sujeto pasivo de estos vínculos obligacionales.

Por un lado, en cuanto a los derechos personales de los cuales es acreedor el usufructuario anotamos que el nudo propietario está obligado a pagar las refacciones mayores o extraordinarias del bien (art. 856 C.C. col.). No obstante, el usufructuario deberá pagarle al nudo propietario el interés legal de los dineros invertidos en ellas. Por otro lado, en cuanto a las obligaciones que asume el usufructuario respecto del nudo propietario, nos referiremos, en primer término, a la *conservación de la sustancia, salva rerum substantia*.

La sustancia, como lo afirma la doctrina “[...] es el conjunto de las cualidades esencialmente constitutivas de los cuerpos, de esas cualidades que hacen que las cosas tengan cierta forma y cierto nombre; que adquieran, bajo esta forma y nombre, una especie de personificación, por decirlo así; que pertenezcan bajo este nombre y forma a un género determinado que se designa por un sustantivo característico: v.gr., casa, caballo, reloj; que sean, en fin, bajo esta forma y nombre especialmente apropiadas para tal o cuál destino, para prestar tal o cual género de servicios en el orden de las necesidades del hombre. Si la cosa experimenta un cambio por el cual pierde su nombre propio y su destino, deja de ser la misma cosa, puesto que sale del género a que pertenecía para entrar en otro”<sup>9</sup>.

Esta prohibición tiene dos aristas que operan sobre el bien fructuario. Primero, el usufructuario no puede modificar su forma exterior y composición. Segundo, el usufructuario tampoco puede alterar su destinación. Hablamos de su vocación de disfrute -natural o aquella programada por el constituyente-. Sin embargo, esta regla general que nos informa que el usufructuario no puede alterar la sustancia del bien,

---

unidad inmobiliaria turística o recreacional por un período de tiempo en cada año, normalmente una semana” (art. 95 de la Ley 300 de 1996 col.). Este sistema de tiempo compartido puede instrumentarse a través de diversas modalidades patrimoniales de carácter real o personal. Desde luego, tratándose de derechos reales, deberán observarse las formalidades que la ley exija para la constitución, modificación, afectación y transferencia de esta clase de derechos (art. 96 *ibidem*).

9 DEMOLOMBE, C.: *Cours du Code Napoleon*, t. X, Durand-Hachette, París, 1912, N.º 222.

tolera las siguientes excepciones. En primer lugar, los deterioros que experimente el bien por la explotación de los productos que puede apropiarse el usufructuario (arts. 842, 843 y 847 C.C. col.) no comprometen la responsabilidad del usufructuario, toda vez que estas alteraciones de la sustancia le son permitidas<sup>10</sup>. Finalmente, el artículo 823 del C.C. col. consigna que el usufructo puede establecerse sobre cosas fungibles (en realidad se refiere a cosas consumibles), caso en el cual el usufructuario adquiere el dominio de la cosa entregada, y se compromete a devolver otra cosa, de la misma calidad y género, o a pagar su valor (art. 848 C.C. col.). Consideramos que este denominado cuasiusufructo es en realidad un contrato real de mutuo o de préstamo de consumo (arts. 2221 C.C. y 1163 C.Co. col.). En efecto, “hay bienes que repugnan, por su naturaleza especial misma, el establecimiento de un verdadero usufructo”<sup>11</sup>.

En segundo lugar, el usufructuario debe pagar las cargas y gastos ordinarios. Como se sabe, los bienes, en general, demandan dos tipos de gastos: ordinarios y extraordinarios. Los primeros son ciertos, regulares, periódicos y están relacionados con el disfrute actual del bien. Por consiguiente, el ordenamiento determina que corren por cuenta del usufructuario. Está obligado a asumir las expensas, gastos ordinarios de conservación y cultivo y cargas periódicas que durante el usufructo se devenguen (arts. 854 y 855 C.C. col.)<sup>12</sup>. Aclaramos que el usufructuario deberá indemnizar al nudo propietario por los perjuicios que se causen por no atender estas obligaciones. Por su parte, los gastos extraordinarios son inciertos, excepcionales y comprometen la existencia misma de la cosa. Por eso son asumidos por el nudo propietario. Sin embargo, si bien estas obras mayores están a cargo del nudo propietario, el usufructuario debe pagarle los intereses legales de los dineros invertidos en ellas (art. 856 C.C. col.).

Desde luego, en tercer término, el usufructuario debe restituir la cosa. Se trata de una obligación que obedece a la naturaleza temporal del derecho real de usufructo y se hace exigible una vez expira el plazo. En efecto, la restitución del bien se encuentra gobernada por el inventario que se hizo al iniciar el usufructo<sup>13</sup>. Esta obligación de hacer se cumple entregando físicamente la cosa fructuaria (art. 823 C.C. col.). En estricto sentido, esta obligación está por fuera del derecho de usufructo. Se impone, por ministerio de la ley sobre el usufructuario –cuando

10 Consúltense a : BAUDRY-LACANTINIERE, G.: *Précis de droit civil*, t. I., Sirey, París, 1922, n.º 1305.

11 JOSSELAND, L.: *Cours de droit civil positif français*, Sirey, París, p. 383, n.º 1863.

12 Tales son los servicios públicos, gastos relacionados con la producción de los frutos, impuestos (el usufructuario, por tener tal calidad, es el sujeto pasivo del impuesto predial unificado de locales, lotes, parqueaderos, casas, apartamentos, etc. Se puede consultar, respecto a Bogotá, el art. 17 del Decreto 400 de 1999 del Distrito Capital col.).

13 El usufructuario deberá prestar caución suficiente de conservación y restitución de la cosa y realizar, a su costa, un inventario solemne en el que se identifiquen los bienes que recibe, su valor y su estado de conservación (art. 834 C.C. col.).



ha terminado el término del usufructo- o sobre sus causahabientes –cuando el usufructuario ha muerto-.

## 2. La constitución del usufructo

El constituyente es la persona que con sus actos jurídicos, entre vivos o de carácter testamentario, constituye este derecho real en el patrimonio del usufructuario. El constituyente debe ser el titular del derecho de dominio. La constitución del derecho de usufructo puede ser vista como una expresión del poder de disposición jurídica del derecho de propiedad. El usufructo debe constituirse sin plazo o condición que suspenda el inicio de su ejercicio (art. 827 C.C. col.); igualmente, la ley prohíbe la constitución de usufructos sucesivos o alternativos<sup>14</sup> (sucesivo es aquel en el cual se establece que, a la muerte del usufructuario, el derecho pase a otra persona diferente del nudo propietario; por su parte, con el usufructo alternativo se constituye el derecho en favor de varios con un goce temporal para cada uno). Si se establecieran varios de estos usufructos prohibidos, se deberá entender que el primer usufructo que tenga efecto dejará sin validez a los otros (art. 828 C.C. col.). Por lo demás, el usufructo puede constituirse en cabeza de dos o más personas que lo tengan simultáneamente (en este caso se tratará de una comunidad de usufructos, art. 831 C.C. col.).

### A) La constitución voluntaria

En Colombia, la constitución de un usufructo sobre un bien exige la realización de dos negocios jurídicos: título de constitución y modo (tradición); la constitución del usufructo debe realizarse según las solemnidades de cada tipo de bien respecto del título y el modo (tradición). El título puede ser un acto oneroso o gratuito (art. 825, núm. 3, C.C. col.). Naturalmente, tratándose de la constitución de un derecho real, además del título, se exige el modo: la tradición de la cosa.

Así, por ejemplo, el usufructo de inmuebles (art. 826 C.C. col.), por acto entre vivos, debe otorgarse por el registro (tradición) de la escritura pública (título solemne)<sup>15</sup>. Igualmente, la constitución del usufructo sobre muebles requiere de un título (puede ser consensual) y de la entrega material del bien (tradición).

Por otro lado, el usufructo puede tener por fuente un título testamentario. El testador puede disponer de la universalidad de sus bienes o de una cuota de ellos y

14 Se exceptúan los usufructos de tiempo compartido, los cuales sí pueden ser alternativos y sucesivos (art. 97 de la Ley 300 de 1996 col.).

15 Naturalmente, este acto jurídico de tradición también puede estar sometido a reserva. Un completo estudio de la reserva en:  
DE VERDA Y BEAMONTE, J.: "La oponibilidad del pacto de reserva de dominio en el derecho comunitario y en el derecho español", en AA.VV.: Estudios sobre garantías reales y personales (coord. por Mauricio Tapia y otros), Universidad del Rosario - Universidad de Chile, Bogotá, 2009, pp. 377 y ss.

establecer dos beneficiarios: nudo propietario y usufructuario. El testador debe ser hábil para testar y debe ser titular del derecho de propiedad (art. 825, núm. 2, C.C. col.).

## **B) El usufructo por prescripción**

Previsto por el artículo 825, numeral 4 del C.C. col. se establece que el usufructo se puede adquirir por el modo denominado prescripción adquisitiva o usucapión, que exige posesión previa por un lapso determinado (los términos de prescripción de la Ley 791 de 2002 col. son 3, 5 y 10 años, según se trate de usucapión ordinaria de muebles e inmuebles o de usucapión extraordinaria, respectivamente). Ahora bien, consideramos que la prescripción del usufructo tiene un carácter excepcional, toda vez que el poseedor estaría más interesado en alegar la usucapión del derecho de propiedad.

Sin embargo, como posibles ejemplos, la prescripción del usufructo podría tener lugar cuando el constituyente no sea el verdadero propietario de la cosa dada en usufructo o en el caso de una nulidad del acto de constitución.

## **C) El usufructo legal de los padres**

Se encuentra establecido en los artículos 825, 869 y 295 del C.C. col.<sup>16</sup>. Los bienes sobre los cuales los padres tienen el usufructo legal son los que conforman el peculio adventicio ordinario (no sobre el peculio adventicio extraordinario, conformado por los bienes adquiridos por el hijo menor como fruto de su trabajo -peculio industrial o profesional del menor; arts. 291 y 294 C.C. col.- o por donaciones, herencias o legados en los cuales el donante o testador hubiese dispuesto que su usufructo es para el menor; art. 291 C.C. col.).

Algunos autores consideran que el usufructo legal no es un verdadero usufructo, porque no es una desmembración del dominio sino una facultad de la patria potestad en virtud de la incapacidad temporal del hijo menor de edad. Además, aclaramos que este usufructo legal no se puede ceder, ni hipotecar o embargar: "Es inseparable del ejercicio de la patria potestad que es un derecho personalísimo. Puede decirse que el usufructo del padre es un bien o un derecho que no está en el comercio por su naturaleza"<sup>17</sup>. A diferencia de los otros usufructos, los padres no están obligados a otorgar caución, ni tampoco deben hacer inventario solemne de los bienes (arts. 293 y 297 C.C. col.). Por último, los padres no gozan del usufructo de los bienes de sus hijos por toda la vida, sino hasta la emancipación del hijo (art. 292 C.C. col.).

16 Desde luego, el otrora usufructo del marido consagrado en el art. 869 del C.C. debe entenderse derogado por la Ley 28 de 1932 y por el Decreto 2820 de 1974.

17 VÉLEZ, F.: *Estudio sobre derecho civil*, t. III. Lex, Bogotá, 1981, p. 257, n.° 350.

### 3. El usufructo limitado: el uso y habitación

El derecho real de uso – que en realidad corresponde a un derecho de usufructo limitado o restringido- se presenta como una reducción del derecho de usufructo, con un carácter mucho más particular; puesto que sólo beneficia al titular y su familia. En este orden de ideas, sería plausible que el derecho recibiese la denominación de usufructo restringido, antes que la imprecisa expresión uso y habitación. El derecho se constituye en consideración y en favor de una persona determinada (generalmente, el usuario es una persona de limitados recursos). Más concretamente, el derecho de habitación se consagra como un derecho particular de uso, referido a una casa y a la utilidad de morar en ella (art. 870 C.C. col.). Con el derecho real de uso o habitación se le entregan a su titular partes limitadas del *ius utendi* y del *ius fruendi*. El titular toma para sí una parte limitada de los frutos que produce un bien, por el término establecido en el acto de constitución. Por regla general, el término del usufructo equivale a la vida del usuario o habitador. Se somete este derecho real, pues, a un plazo indeterminado. Sin embargo, en el título de constitución el constituyente puede establecer un plazo determinado (v. gr., cinco años, cincuenta meses, etc.) En todo caso, la muerte del usuario o habitador pone fin al derecho. Es decir, en términos generales, este derecho de uso o habitación se constituye y se pierde de igual guisa que el usufructo (art. 871 C.C. col.).

El derecho de uso o habitación se sirve de la normativa del derecho de usufructo, siempre que no se cuente con una disposición particular. Ahora bien, se establecen ciertas disposiciones particulares relacionadas con este derecho. En efecto, se consagra que ni el usuario ni el habitador están obligados a prestar caución (mas sí deberán realizar el inventario, art. 872 C.C. col.). Igualmente, el usuario y el habitador deben pagar las expensas de conservación y cultivo, a prorrata del beneficio que reporten, salvo el uso o habitación que se reconoce caritativamente a las personas necesitadas (art. 877 C.C. col.).

Por otro lado, con este derecho de uso o habitación se conceden partes limitadas de los poderes de uso y goce sobre el bien. La extensión de estos poderes de uso y goce del usuario y del habitador está definida por la voluntad del constituyente, expresada en el título constitutivo. Se trata de una verdadera concesión a la autonomía de la voluntad del contenido del derecho real, muy poco corriente, por lo demás, en materia de derechos reales<sup>18</sup>. A falta de esta determinación, según el artículo 873 del Código Civil colombiano, se aplicarán para esta materia en particular, de forma subsidiaria, los arts. 874, 875 y 876 del mismo código. En este marco normativo suplementario, relacionado con la extensión de los atributos de uso y goce, se establece que el derecho del usuario o del habitador se limita a sus

18 Por regla general la normativa en materia de derechos reales es de orden público.

necesidades personales y familiares (art. 874 C.C. col.). Igualmente, se precisa que su derecho no comprende sus actividades industriales y comerciales (art. 875 ibídem).

Por último, es importante resaltar que, salvo la hipótesis del abandono unilateral del derecho, este no ofrece a su titular el poder de disposición jurídica, toda vez que es intransmisible por causa de muerte e intransferible por acto entre vivos. En efecto, a diferencia del usufructo, el uso o la habitación no pueden ser objeto de cesión (tampoco se permite la celebración de contratos de comodato o arrendamiento, art. 878 C.C. col.). Incluso, no pueden ser objeto de embargo alguno.

### **III. LA DESMEMBRACIÓN OMITIDA POR LA NORMATIVA COLOMBIANA: EL PROMISORIO DERECHO DE ENFITEUSIS**

A continuación expondremos la aislada consagración de la superficie o enfiteusis en la normativa colombiana. Así mismo, expondremos su concepto.

#### **I. Las lacónicas referencias al derecho de superficie o enfiteusis en la normativa colombiana**

La omisión de un régimen general de derecho de superficie o enfiteusis por parte del legislador colombiano, ha sido muy parcialmente “mitigada” a nivel contractual, incluso a través de contratos de arrendamiento con escritura pública, a propósito del desarrollo de proyectos agroindustriales, construcción de grandes superficies, centros comerciales, almacenes de cadena, entre otros ejemplos. Desde luego, todos estos ejercicios contractuales no pueden equipararse al reconocimiento a favor del enfiteuta de un derecho real.

Así y todo, pese a que hoy por hoy la superficie o enfiteusis no está consagrada en Colombia, de manera aislada se identifican ciertas normas próximas a la institución.

#### **A) La superficie o enfiteusis y el régimen de la accesión**

Según la normativa colombiana, si el dueño del terreno, con conocimiento del hecho, permitió que se realizara la construcción, su comportamiento debe entenderse como un verdadero consentimiento de un contrato de confección de una obra material o de venta (arts. 2053 C.C.), para estos efectos podría tratarse de un contrato de venta (art. 1849 C.C.). Sobre este punto en particular nuestra jurisprudencia ha sostenido: “En últimas, cuando hay un contrato de por medio, serán las reglas de ese acuerdo de voluntades las que gobiernen el reconocimiento de las mejoras, sin que sea posible dar cabida a otras instituciones con teleologías extrañas al ámbito negocial”<sup>19</sup>.

19 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de agosto de 2008. M.P.: Edgardo Villamil Portilla.

Sobre el particular, en la doctrina<sup>20</sup> se anota que “[...] ordinariamente el que edifica en terreno ajeno lo hace como poseedor; pero podría ser un mero tenedor, un arrendatario por ejemplo. El contrato que haya mediado entre el mero tenedor y el propietario determinará sus respectivos derechos en materia de prestaciones. Cuando obra en virtud de un vínculo jurídico, de una obligación emanada de un contrato o un cuasi contrato, una agencia oficiosa, por ejemplo, todas las dificultades deben ser resueltas según la naturaleza particular de la obligación existente entre las partes y la equidad no podría ser invocada para modificarlas”.

Así las cosas, para recobrarlo, el dueño del terreno debe pagar al constructor o sembrador el precio de la construcción, plantación o sementera. Es decir, la normativa le reconoce al contratante mejorista o constructor de la obra material, como garantía real de su crédito contra el propietario del terreno, un derecho de retención. En algunas ocasiones se ha afirmado que con el artículo 739 del C.C. se consagró en nuestro país el derecho de superficie. Así, se ha considerado que “las hipótesis reguladas por el 739 obedecen más a la estructuración de un auténtico derecho de superficie [...] que a casos de accesión [...] si para que el propietario del suelo adquiriera la propiedad de la obra se necesita hacer una declaración de adquisición, ello indica que antes era propietario únicamente del suelo y no de la obra, que le pertenece al que la hizo”<sup>21</sup>.

En realidad, creemos que se trata de una situación jurídica provisional. En efecto, “el derecho real de superficie supone necesariamente dos derechos reales de propiedad en cabeza de titulares diferentes. Pero la legislación positiva colombiana no ha reglamentado el derecho real de superficie, como derecho real definitivo y estable [...] El párrafo segundo del 739 contempla simplemente una situación jurídica provisional que es necesario liquidar en algún momento [...]. En resumen: el mejorador no puede ser desposeído hasta que medie la liquidación de que se habla hasta el pago de las mejoras”<sup>22</sup>.

En definitiva, al contratante constructor se le reconoce, como garantía de su crédito, un derecho real de retención. Desde la jurisprudencia se aclara lo siguiente: “Cuando la construcción se hizo a ciencia y paciencia del propietario del suelo, entonces éste, para recobrarlo, debe pagar el valor del edificio, del que se hace dueño por virtud de la accesión, y no puede obligar a quien hizo la construcción a pagarle el valor del suelo, porque el consentimiento que otorgó para la realización de la obra está diciendo que ésta fue aceptada por él, y debe entonces atenderse a la regla de equidad de que nadie puede enriquecerse sin causa a expensas de otro.

20 CLARO SOLAR, L.: *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, vol. III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1937, p. 240.

21 VALENCIA ZEA, A., y ORTIZ MONSALVE, A.: *Derecho civil*, t. II, *Derechos reales*, Temis, Bogotá, 2001., p. 300.

22 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 28 de agosto de 1958. Publicada por el Ministerio de Justicia, Código Civil colombiano, p. 262.

Y al mismo principio obedece la obligación que tiene el que edificó en suelo ajeno, de devolver a su dueño el terreno, sin que pueda alegar, para conservarlo en su poder, que le pertenece por haber pagado el valor de los materiales, obra de mano y dirección de la obra"<sup>23</sup>. De manera puntual también se ha dicho lo siguiente: "[a] propósito valga la pena anotar, porque es lo cierto, que si el dueño consiente en que el tenedor edifique su suelo, no por ello pierde la posesión; quedará obligado al pago de las mejoras, pero haciéndose propietario de ellas"<sup>24</sup>.

## **B) La superficie o enfiteusis y el régimen de garantías mobiliarias**

En Colombia, por vía de una audaz ficción jurídica, para efectos de la constitución de una garantía mobiliaria también se reputan como "muebles" las partes del inmueble denominadas inmuebles por adhesión e inmuebles por destinación.

En un primer término la ley parece exigir la siguiente condición: que la entidad inmueble por adhesión o inmueble por destinación pueda "separarse del inmueble sin que se produzca detrimento físico de este". No obstante, en el artículo 59 *ibídem* parece desconocerse este requisito. La fórmula es la siguiente: "Si el acreedor garantizado tiene prelación puede remover los bienes por destinación o anticipación, en este último caso, al momento que resultare oportuno. Dicho acreedor garantizado debe pagar al propietario del bien inmueble, cualquier daño causado al mismo por la remoción de los bienes inmuebles por destinación o muebles por anticipación pero no de ninguna pérdida de valor que se deba únicamente a la ausencia del bien incorporado". Así las cosas, por controversial que parezca, cualquier entidad adherida al suelo podría ser objeto de una garantía mobiliaria, con independencia del régimen jurídico del inmueble. En una palabra, opera una real separación entre los elementos accesorios del inmueble, los inmuebles por adhesión e inmuebles por destinación, reputados para efectos de la garantía como muebles, y el inmueble propiamente tal.

## **2. El Concepto del derecho de superficie o enfiteusis**

La enfiteusis o superficie es un derecho real ofrecido a un sujeto denominado enfiteuta. Una vez constituido el derecho a favor del enfiteuta, el propietario del inmueble deviene en nudo propietario. El enfiteuta, por un muy largo periodo de tiempo, ostenta los poderes de uso y goce sobre el fundo. Incluso, el enfiteuta recibe también —en parte— el poder de disposición. En este orden de ideas, la enfiteusis se presenta como una muy gruesa desmembración de la propiedad.

23 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. G.J., LXXXIII, pp. 58-68.

24 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 20 marzo de 2013. M.P. Margarita Cabello Blanco.

## A) Aproximación al concepto

La palabra “enfiteusis” viene de la expresión griega *emphuteusi* que a su vez tiene su hontanar en la palabra también helénica *phuteuin*<sup>25</sup>. Esta figura tiene, de igual manera, antecedentes directos en el derecho romano. En efecto, se pueden citar las Constituciones de los emperadores Zenón y Justiniano. Precisamente, en el Código de Justiniano -*Codex Justinianus*- se precisó lo siguiente: “el derecho de enfiteusis no puede englobarse dentro de los derechos derivados del arrendamiento o la compraventa” (Código Justiniano, IV, 66, 1)<sup>26</sup>. La doctrina cita por ejemplo el siguiente caso: un contrato de locación de terrenos sin cultivar consagrados a Dionisio, entregados a personas por parte de la ciudad de Heraclea, a cambio del pago de determinada cantidad de cebada<sup>27</sup>. Otros autores, por su parte, identifican su génesis en la fusión de una operación griega y el arrendamiento público romano –sobre el denominado *ager publicus*-<sup>28</sup>.

En la Europa medieval encontramos esta referencia en las Partidas: “pleito o postura sobre cosa raíz dada a censo señalado, para en toda su vida de aquel que la recibe, o de sus herederos (o según se aviene) por cada año, y tal pleito como éste, debe ser hecho con placer de ambas las partes, y por escrito, y puestas en él todas las conveniencias que hay, porque de otra manera no valdría” (P. 5, Ley 8, t. 28).

De una forma, actualmente, la figura ha sido piedra angular en el desarrollo de audaces proyectos agroindustriales, forestales y, muy especialmente, inmobiliarios<sup>29</sup>. En efecto, con la seguridad de un largo tiempo de disfrute, el sujeto denominado enfiteuta está facultado para realizar grandes inversiones sobre una porción de tierra. En países como Argentina se estableció desde el siglo XIX con la siguiente fórmula: “[L]as tierras de propiedad pública cuya enajenación por la ley del 15 de octubre, es prohibida en todo el territorio del Estado, se darán en enfiteusis, cuando menos, durante el término de 20 años, que empezarán a contarse desde el 1° de enero de 1827” (Ley del 18 de mayo de 1826 arg.). Esta fórmula se repitió en la Ley del 14 de julio de 1829 arg. En la actualidad, en el ámbito agroforestal y de la silvicultura, el derecho fue rebautizado con la expresión “derecho de superficie forestal” (Ley 25509 arg.). Con él, el denominado superficiario puede emprender importantes labores de forestación por largos periodos de tiempo, a cambio de un “solárium”. Desde luego, una vez terminado el “derecho de superficie forestal” el dueño del terreno apropia, como dueño del suelo, la totalidad de los desarrollos forestales.

25 PESSONNEAUX, E.: *Dictionnaire grec-français*. Eugène Belin, París, 1953, p. 503.

26 TISSOT, P.: *Les douze livres du code de l'empereur Justinien*. París, 1807, p. 369.

27 GIRARD, P.: *Textes de droit romain*, Rousseau et Cie, París, 1937, p. 80.

28 GOMES, O.: *Direito Reais*, Rio de Janeiro, Forense, 2009, pp. 301 y ss.

29 Según la doctrina, ciudades enteras han sido concebidas y desarrolladas a partir de la enfiteusis. Se cita, en efecto, el caso de la ciudad belga *Louvain-la Neuve*. Véase FRENETTE, F.: *L'emphytéose*, Wilson & Lafleur Ltée, Montreal, 2005, p. 3.

## B) La fórmula que se pretende proponer

Desde la introducción misma de este ensayo hemos revelado la penosa situación rural que aqueja a Colombia. Así las cosas, con el propósito de paliar la ineficiente explotación inmobiliaria vemos en el derecho de superficie o enfiteusis una interesante alternativa. Los contornos del mismo serían los siguientes:

1º) La implementación de la superficie o enfiteusis como un derecho real

La expresión derechos reales designa un haz de poderes directos y autónomos, oponibles a todos, que se tienen respecto de un bien definido. Así pues, el titular de un derecho real puede tener, según sea el caso, una libertad o permisión para usar, gozar o disponer de un bien determinado, sin necesidad de contar con el concurso de otra persona<sup>30</sup>. Este “derecho-poder” debe ser respetado por el conglomerado, es decir, es oponible *erga omnes*. De la misma forma, el derecho real puede imponer una serie de vínculos obligacionales del titular del derecho real respecto de personas determinadas.

En este orden de ideas, las teorías clásicas que pretenden definir los derechos reales como un mero vínculo entre una persona y una cosa, en su afán de simplicidad, pasan por alto la complejidad y diversidad de vínculos jurídicos que existen entre el titular del derecho y otros miembros de la sociedad. Debemos aceptar, entonces, que la expresión derechos reales sirve, esencialmente, para designar de forma sintética una realidad jurídica imbricada y heterogénea<sup>31</sup>. En el caso concreto, identificamos dos diferentes titulares de derechos reales: el nudo propietario y el enfiteuta o superficiario. A favor de estos dos sujetos se ofrecerían diferentes poderes directos sobre la cosa fructuaria. Así mismo, estos dos titulares estarían cargados con recíprocas obligaciones reales.

2º) El propietario se desprende de la tenencia del bien por un largo periodo

La superficie o enfiteusis tiene una vocación de proyectarse en el tiempo. Esto es, a diferencia de otros derechos personales —el arrendamiento, el comodato, el depósito, etc.— y reales — el usufructo, la prenda y la hipoteca— está concebida para durar intervalos de tiempo superiores a treinta o cuarenta años. Por lo demás, estos largos periodos de tiempo son necesarios para que el enfiteuta recupere y amortice el valor de las obras que debe acometer sobre la cosa fructuaria.

30 Consúltense al respecto: HOHFELD, W.: *Conceptos jurídicos fundamentales*, Fontamara, México, 1997, pp. 67-68.

31 Al respecto recomendamos consultar Ross, A.: *Tû-Tû*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976.



3º) El enfiteuta ostenta el *ius utendi* y el *ius fruendi*

El enfiteuta puede servirse o utilizar directamente el bien. Usar significa “hacer servir una cosa para algo”<sup>32</sup>. Con el *usus* se hace referencia a los servicios que puede ofrecer por sí mismo un bien. Como primera medida este derecho permite al enfiteuta escoger libremente el servicio que pretende procurarse de la cosa. Nótese que un mismo bien puede ofrecer toda suerte de servicios. Dentro de este poder de uso deben entenderse incluidos los actos conservatorios y de administración ejercidos sobre la cosa. También se incluyen, respecto de los inmuebles, operaciones tales como el deslinde, amojonamiento y cerramiento<sup>33</sup>. Si se trata del uso de inmuebles urbanos, el art. 313 C.N. col. asigna a los concejos municipales la función de reglamentar los usos del suelo<sup>34</sup>.

Igualmente, tiene el poder de goce, en virtud del cual puede apropiarse de los frutos emanados de una cosa. Hablamos, en términos generales, de la explotación económica del bien. El poder de goce se puede manifestar material o jurídicamente. Materialmente, puede percibir, él mismo, los frutos de la cosa. En este sentido nos referimos a los frutos naturales emanados por la cosa con la ayuda o no de la industria humana (art. 714 C.C. col.). Así mismo, jurídicamente, a través de la realización de diferentes actos o negocios jurídicos relacionados con el bien, el enfiteuta puede percibir frutos civiles (art. 717 C.C. col.). En términos generales los frutos civiles se pueden considerar como renta, rendimientos económicos (*reditus*) que son consecuencia de un acto jurídico relacionado con el bien<sup>35</sup>.

4º) El enfiteuta también puede –y debe- alterar la sustancia del bien.

En primer lugar, el enfiteuta puede disponer de la sustancia del bien<sup>36</sup>. Respecto de bienes físicos como los inmuebles se tratará de actos que se concentren en la materia misma del fundo, como la transformación, modificación e incluso, la explotación de los denominados *productos*. Nota muy destacada tiene el denominado

32 Real Academia Española. Diccionario de la lengua española, Madrid, Espasa, 1994, t. II, p. 2051.

33 En el contexto histórico, apreciamos disposiciones expresas de cerramiento ofrecidas a los agricultores con las siguientes palabras: “podrá cualquier dueño particular ó arrendatario cercar las posesiones ó terrenos que le conviniere en los términos que van expresados, sin necesidad de solicitar concesiones especiales, como se ha hecho hasta aquí”. Estas expresiones fueron acuñadas en la Novísima Recopilación. La cita fue publicada por: PONZ, A.: Viage de España. Vol. 15. Viuda de Ibarra, Madrid, 1788 (ortografía literal). Disponible en: [http://books.google.com/books/about/Viage\\_de\\_Espa%C3%B1a.html?id=jjEMAAAAAJ](http://books.google.com/books/about/Viage_de_Espa%C3%B1a.html?id=jjEMAAAAAJ)

34 Véase: Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 11 de diciembre de 2006. Exp. 25000 23 27 000 2004 02271 01. M.P. Gabriel Mandoza Martelo.

35 En otras latitudes se pueden identificar derechos reales tan particulares como el siguiente: en el ámbito anglosajón identificamos al denominado derecho “profit”, que ofrece la facultad al titular de apropiar cualquier producto o fruto del bien, sin que ofrezca la tenencia física del bien. Se trata de un ancho “goce” que no implica el “uso”. Siendo real, este derecho es oponible a cualquier sub-adquirente del bien. Véase: CUNNINGHAM, R., STOEUBCK, W. y WHITMAN, D.: *The law of property*, West Publishing, St-Paul, 1984, pp. 437 y ss.

36 Sustancia: “entidad a la que por su naturaleza compete existir en sí y no en otra por inherencia”. Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, cit., t. II, p. 1924. Para Aristóteles, la sustancia es “la categoría primaria que soporta todas las características de una cosa [...] la sustancia es la más importante de las categorías, tanto que es ella la que expresa el ser en toda su complejidad”. ARISTÓTELES: *La métaphysique*, Pocket, París, 1991, p. 22.

*ius aedificandi*, limitado por diferentes disposiciones, principalmente por las normas urbanísticas. En una palabra, el enfiteuta puede construir o sembrar sobre el bien.

Estas “mejoras” de gran envergadura fungen como el elemento fundamental de la enfiteusis. De alguna manera podría decirse lo siguiente: no solamente son una facultad o poder directo ofrecido al enfiteuta. También se presentan como un legítimo crédito extendido al nudo propietario respecto del enfiteuta. Desde este punto de vista, a través de la enfiteusis o superficie el nudo propietario realiza el apalancamiento del desarrollo agrario, pecuario o urbanístico del fundo fructuario. En otras palabras, estas “mejoras” se nos presentan como un componente estructural de la remuneración del propietario por la constitución del derecho de enfiteusis a favor de un tercero.

En el caso concreto colombiano, los propietarios sin recursos podrían servirse del derecho de enfiteusis para que, a través del “músculo” económico de terceros enfiteutas”, se acometa sobre el inmueble todo tipo de desarrollos agrarios, forestales, pecuarios, agroindustriales, urbanísticos, etc. A manera de ejemplo podrían mencionarse las siguientes “mejoras inmobiliarias”: construcción de lagos para la industria piscícola (p.e. tilapia, trucha, etc.); construcción de vías internas, silos, edificios, bodegas, cabañas, complejos turísticos y comerciales; plantaciones de caña de azúcar, teca, uva, pino, roble, cedro y palma; trabajos de riego y drenaje; construcción de diques y canales, entre otros emprendimientos.

5º) El derecho se puede transmitir por causa de muerte.

La superficie, a diferencia de los derechos desmembrados usufructo y uso, debería recibirse como transmisible por causa de muerte. En últimas, recordemos que los largos periodos de tiempo de la enfiteusis son necesarios para que patrimonialmente se recupere y amortice el valor de las obras sobre la cosa fructuaria.

#### IV. CONCLUSIONES

La implementación en Colombia del “Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera” exige un nuevo régimen de acceso y explotación de la tierra. Por ello se propone en el mencionado “Acuerdo una Reforma Rural Integral (RRI)”. Su objetivo es concreto: transformar la opaca realidad rural. La RRI descansa en dos componentes: creación de un “Fondo Gratuito de Tierras” (FGT) de 3 millones de hectáreas y –formalización de 7 millones de hectáreas rurales. Precisamente, en cuanto al propósito de formalización, identificamos el derecho de superficie una interesante herramienta. En efecto, es urgente aumentar la productividad agropecuaria del país.

Un afortunado diseño de las reglas que median entre las relaciones para el uso productivo de la tierra permitirá i) atenuar las desigualdades en el acceso a la tierra y ii) lograr acuerdos que permitan la estructuración de modelos productivos exitosos y sostenibles que sean una alternativa a los cultivos ilícitos. La conjunción entre la necesidad de aprovechar la tierra con fines productivos sostenibles a largo plazo y los derechos de los campesinos se materializa en la regulación de herramientas que permitan una adecuada explotación rural.

Con este norte, en estas líneas nos hemos ocupado, en primer término, del ineficiente régimen de las desmembraciones de la propiedad establecido en Colombia. En segundo lugar, nos hemos concentrado en la implementación de la propiedad superficiaria-enfiteusis.

Por un lado, el usufructo se diferencia del uso o habitación, entre otras razones, en lo siguiente: con el usufructo se concede un goce amplio de los frutos de la cosa, mientras que el uso y la habitación lo limitan. En términos generales estos derechos reales de uso y habitación pueden concebirse como usufructos restringidos. Además, ni el usuario ni el habitador pueden disponer jurídicamente de su derecho de uso o habitación (art. 878 C.C.). Igualmente, el usufructo se diferencia de la propiedad fiduciaria, puesto que con el primero la propiedad no se transfiere, pues recae siempre en el nudo propietario. El usufructo se diferencia, también, de derechos personales como el arrendamiento. En efecto, en virtud de este contrato el arrendatario solamente puede hacer valer su derecho frente al arrendador, *jus in personam*, mientras que el usufructo, *jus in re*, poder directo y autónomo sobre un bien, concede efectivamente el uso y goce de la cosa, sin que para ello el usufructuario necesite o requiera del concurso del nudo propietario (por su parte, el arrendatario, para obtener el disfrute del bien, necesita del arrendador).

Por otro lado, la enfiteusis o superficie se recibe como una robusta desmembración de la propiedad, que le permite al enfiteuta, por un muy largo periodo de tiempo, los poderes de uso goce y disposición. En definitiva, con la propiedad superficiaria-enfiteusis se pretende apalancar el desarrollo de la frontera agrícola del país. Con ella, el dueño superficiario puede emprender importantes labores de forestación por largos periodos de tiempo, a cambio de un precio. Una vez terminado el derecho, el dueño del terreno apropia, como dueño del suelo, la totalidad de los desarrollos forestales<sup>37</sup>.

37 Véase: MARLER, W., *The law of real property*, Burroughs, Toronto, 1932. En el mismo sentido: También: STRICKLER, Y., *Biens*, PUF, París, 2010; MALAURIE, p., *Biens*, Defrénois, París, 2012; DROSS, W., *Biens*, Montchrestien, París, 2013, entre otros.

## V. BIBLIOGRAFÍA

ARISTOTELES: *La métaphysique*, Pocket, París, 1991.

BAUDRY-LACANTINERIE, G.: *Précis de droit civil*, t. I. Sirey, París, 1922.

CAÑÓN, P.: *Bienes*. ABC, p. 22.

CARDILLI, R.: *La nozione giuridica di fructus*, ESI, Nápoles, 2000.

CLARO, L.: *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, vol. III. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1937.

CUNNINGHAM, R., STOEBUCK, W, y WHITMAN, D.: *The law of property*, West Publishing, St-Paul, 1984.

DEMOLOMBE, C.: *Cours du Code Napoleon*, t. X, Durand-Hachette, París, 1912.

DE REINARTARTIÈRE, G.: "El estatuto del usufructo a partir de la idea de la preservación de la sustancia del objeto", en AA.Vv.: *El Usufructo* (coord. por R. Lamber), Heliasta, Buenos Aires, 2011, p. 28.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.: "La oponibilidad del pacto de reserva de dominio en el derecho comunitario y en el derecho español", en AA.Vv.: *Estudios sobre garantías reales y personales* (coord. por Mauricio Tapia y otros), Universidad del Rosario - Universidad de Chile, Bogotá, 2009.

DROSS, W.: *Biens*, Montchrestien, París, 2013.

FRENETTE, F.: *L'emphytéose*, Wilson & Lafleur Ltée., Montréal, 2005.

GIRARD, P.: *Textes de droit romain*, Rousseau et Cie, París, 1937.

GOMES, O.: *Direito Reais*, Rio de Janeiro. Edit. Forense, 2009.

HOHFELD, W.: *Conceptos jurídicos fundamentales*, Fontamara, México, 1997.

JOSSERAND, L.: *Cours de droit civil positif français*, Sirey, París, 1923.

MALAURIE, P.: *Biens*, Defrénois, París, 2012.

MARLER, C.: *The law of real property*, Burroughs, Toronto, 1932.

PESSONNEAUX, E.: *Dictionnaire grec-français*. Eugène Belin, París, 1953.

PONZ, P.: *Viage de España*, Vol. 15, Viuda de Ibarra, Madrid, 1788 (ortografía literal).

ROSS, A.: *Tú-Tú*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976.

STRICKLER, Y.: *Biens*, PUF, París, 2010.

TISSOT, P.: *Les douze livres du code de l'empereur Justinien*. París, 1807.

VALENCIA ZEA, A. y ORTIZ MONSALVE, A.: *Derecho civil*, t. II, *Derechos reales*. Temis, Bogotá, 2001.

URBANEJA, M.: "Usufructo inmobiliario: aspectos notariales y registrales", en AA.VV.: *El Usufructo* (coord. por R. Lamber), Heliasta, Buenos Aires, 2011.

VÉLEZ, F.: *Estudio sobre derecho civil*, t. III. Lex, Bogotá, 1981.

# LA GARANTÍA REGISTRAL (ANOTACIÓN PREVENTIVA) DEL LEGADO

## *THE REGISTRATION GUARANTEES OF THE LEGACY*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 342-375*

\* Este trabajo se enmarca en el ámbito del Grupo de Investigación Consolidado GIC IT-727-13 (Gobierno Vasco), cuyo IP es el Dr. D. Jacinto Gil Rodríguez, y del Proyecto DER 2014-57298-P, del Ministerio de Economía y Competitividad, cuya dirección corresponde al Dr. D. Gorka Galicia Aizpurua.



Mikel Mari  
KARRERA  
EGIALDE

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 31 de mayo de 2017

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de junio de 2017

**RESUMEN:** La normativa registral inmobiliaria, tras restringir las hipotecas legales tácitas, configura la anotación preventiva del legado para atender, transitoriamente, el peligro de que el heredero, con actos propios, pueda aludir su entrega o pago; este régimen novedoso en la época codificadora, y que ha perdurado hasta el presente, es objeto de examen en su globalidad para aquilatar su fundamento actual y de revisión en cuestiones puntuales derivadas de los sucesivos cambios actualizadores del sistema registral.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho sucesorio, herencia, legado, anotación preventiva, Registro de la Propiedad, garantías jurídicas.

**ABSTRACT:** In the regulation of property registration, traditional tacit legal mortgages are dealt with by means of their preventive annotation. This way, heirs are prevented from possible acts directed towards the avoidance of the legacy. This regulation was novel to the civil code and has lasted to present. Therefore, it is necessary to rethink its purpose and to review specific issues that arise from the updating changes of the registry system.

**KEY WORDS:** Succession law, inheritance, legacy, preventive annotation, Property Registry, legal guarantees.

**SUMARIO.-** I. INTRODUCCIÓN.- II. LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE LEGADO EN GENERAL.- III. LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DEL LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA.- IV. LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DEL LEGADO ESPECÍFICO.- V. LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DEL LEGADO NO ESPECÍFICO (GENÉRICO).- 1. El derecho a pedir la anotación.- 2. La anotación realizada dentro del plazo legal.- 3. La anotación realizada fuera del plazo legal.- 4. La vigencia y efectos generales de la anotación preventiva.- 5. La ampliación de la anotación.- 6. El legado de prestaciones periódicas: conversión de la anotación en hipoteca.- VI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

El régimen sobre la libertad en las disposiciones “mortis causa” condiciona las posibilidades reales de asignar bienes concretos, sea a terceros “inter vivos”, sea a los sucesores “mortis causa”. La mayor o menor restricción de la sucesión forzosa o sistema legitimario determina, en la práctica, que el recurso a los distintos títulos de herencia, legado, donación u otra forma se vea coartado por que el legitimario no pierda su condición de tal y conserve su derecho. Cuando los legisladores autonómicos con competencia en materia civil, en tendencia similar; propugnan y regulan una mayor libertad dispositiva del causante, al propio tiempo patrocinan la mayor factibilidad, obviamente nada novedosa, de establecer legados tanto para colmar la legítima que debe respetar como para asignar bienes a sus sucesores. Ello se deriva, por relación proporcional, del menor riesgo de excederse en las atribuciones sin perjudicar los derechos de los herederos forzosos; es decir, en los sistemas de mayor libertad de testar se antoja más factible viabilizar los legados sin riesgo de quedar inoperantes por las expectativas legitimarias. Esta perspectiva se asienta en la ductilidad de las disposiciones “mortis causa” a título particular para satisfacer múltiples fines por parte del *de cuius*<sup>1</sup>.

I ALONSO PÉREZ, M.: “Sobre el legado y sus rasgos esenciales”, en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo IV* (coord. A. CABANILLAS SÁNCHEZ), Civitas, Madrid, 2003, p. 5108, califica el legado como “motor relevante en el desarrollo socio económico de una civilización cada vez más urbana y mercantil”. Por su parte, MARTÍN PÉREZ, J. A.: “El legado de cosa específica y determinada, de propiedad del testador: Estudio sobre sus efectos”, en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo IV* (coord. A. CABANILLAS SÁNCHEZ), Civitas, Madrid, 2003, pp. 5319-5320, también alude a “la progresiva tendencia a ampliar el ámbito de libre disponibilidad del testador respecto a sus bienes, que terminará por provocar una reducción de la extensión de la legítima de descendientes y ascendientes en el Código Civil, probablemente devolverá el protagonismo a los legados”.

### • Mikel Mari Karrera Egialde

Profesor-Titular de Derecho Civil en la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU). Entre sus varias líneas de investigación, destaca principalmente la dedicada a cuestiones relacionadas con el Derecho de Bienes y el Derecho de Sucesiones: en el primero con estudios relacionados con el derecho de propiedad de bienes inmuebles y el registro de la propiedad; y en el segundo con trabajos sobre actualización y mejora de las transmisiones sucesorias. Este trabajo se incardina en esas dos vertientes del proyecto de investigación sobre fases sucesorias y protección de los acreedores. Código de investigador: orcid.org/0000-0002-6269-6977. Correo electrónico: mikelmari.karrera@ehu.eus.



En el contexto de la confusa normativa sobre los legados se precisan aportaciones al estudio del estatuto del legatario en sus muy variadas perspectivas y circunstancias casuísticas, aunque sea para recapitular y clarificar estudios previos cuyo recorrido temporal comienza a ser significativo y revelador de la pervivencia de tratamientos tradicionales que requieren de comprobaciones periódicas. Dentro de esas prácticas tradicionales, por las circunstancias económicas y sociales propias de un sistema de seguridad social incipiente, el legatario de pensión periódica garantizado por hipoteca es una figura de uso frecuente que, específicamente, justifica un tratamiento especial en el régimen registral. En época más reciente, para transmitir y repartir bienes entre los sucesores sin infringir las reglas de la sucesión forzosa utilizando la facultad del artículo 1056 CC, se contempla que la legítima del legitimario se sustituya por dinero, especialmente cuando no haya en la herencia bienes bastantes para formar las cuotas legitimarias de los restantes herederos forzosos, de modo que, dada la voluntad probable del testador, el legitimario reciba la legítima en calidad de legatario. Dicho de otro modo, si el causante dispone que se satisfaga en metálico a un legitimario, no le asigna el contenido objetivo de una parte de la herencia, aunque al designarle emplee el término heredero, sino que debe entenderse que lo ha llamado a título de legatario de cantidad que puede ser pagado con dinero extrahereditario (art. 886 CC); a la vez, el legitimario está exento de la responsabilidad solidaria (ex art. 1084 CC) por la razón técnica de responder a la voluntad probable del *de cuius*. Junto al legado de cantidad, también es usual utilizar el legado parciario (de parte alícuota o fracción del patrimonio o herencia) como medio de cumplir con las legítimas<sup>2</sup>. En todo caso, le corresponderán las garantías legales establecidas para el legatario de cantidad.

Ciertamente, con la finalidad de salvaguardar el derecho legatario frente a terceros, es decir, frente a los acreedores, y frente a los adquirentes de los titulares de bienes hereditarios, se prevén una serie de garantías para el legado derivadas del régimen del Código civil y también del ámbito registral. Esta última, por el principio de especialidad registral, exige la existencia de bienes inmuebles en la herencia que estén inmatriculadas; y luego utiliza un criterio especial para distinguir los tipos de legados y su tratamiento registral que, a pesar de ser anterior al régimen codificado, no se ha modificado esencialmente desde su redacción original.

2 Ver NÚÑEZ MUÑOZ, M. C.: *El legado de parte alícuota. Su régimen jurídico*, Edijus, Madrid, 2001. Se admite pacíficamente el legado de parte alícuota tras el cambio jurisprudencial de criterio objetivista a subjetivista o intención del testador en la sucesión para determinar la condición de heredero o legatario, especialmente tras la STS 16 octubre 1940, con el refrendo doctrinal de ROCA SASTRE y ESPIN CÁNOVAS. En este sentido, LACRUZ señala que “no por eso los legitimarios devienen herederos, quedándose, simplemente, en legatarios de parte alícuota, y entonces no de una parte alícuota del valor de la herencia, sino de los bienes de la misma”; en estos casos, podrá reducir las disposiciones testamentarias, inclusive otros legados, que perjudiquen la legítima. En la doctrina legal tradicional, SSTS 14 de julio 1898, 11 febrero 1903, 18 octubre 1917, 15 enero 1918, 2 enero 1920, 16 octubre 1940, 11 enero 1950 (RAJ 1950, 21), 11 febrero 1956 (RAJ 1956, 1102), 22 enero 1963 (RAJ 1963, 447); RRGDRN 4 noviembre 1935, 12 junio 1963, 8 marzo 1965 (BOE 26 marzo).

Este régimen específico de garantía procede de la propia cualidad de los legados que por su carácter necesitan de “entrega” por el único heredero o herederos (en comunidad), o los albaceas facultados para ello por el causante<sup>3</sup>: “para que aquélla pueda tener lugar, debe proceder la liquidación y partición general de la herencia, porque solamente de este modo puede saberse si dichos legados se encuentran dentro de la cuota de que puede disponer el testador; y no se perjudica por tanto la legítima de los herederos forzosos, a no ser que los expresados herederos concurren también a la entrega o manifiesten su conformidad con que ésta se efectúe sin cumplir dicha formalidad, pues al constituir una garantía y un derecho en favor de los mismos, claro es que pueden renunciar a él, si tienen la necesaria capacidad legal”<sup>4</sup>. De igual modo, cuando el heredero tenga limitada su responsabilidad, procede verificar que los bienes objeto del legado son necesarios para pagar las deudas; de hecho, indica GALICIA AIZPURUA, una regulación completa del beneficio de separación de patrimonios “exige la previsión de una serie de cuestiones de muy ardua y discutible solución, como, por ejemplo, la relación que ha de mediar entre acreedores y legatarios separacionistas y no separacionistas”<sup>5</sup>.

Hasta la propia entrega del legado, la ley pretende defender la posición del legatario frente al heredero que, mediante enajenaciones o contrayendo deudas que den lugar al embargo de sus bienes, pueda frustrar el derecho del legatario en el período que transcurre desde la apertura de la sucesión hasta la efectividad real o verificación de dicha entrega. A tales efectos, como se verá a lo largo de este trabajo, la ley hipotecaria distingue entre el legatario que puede promover el “juicio de testamentaria”, y el legatario que no tenga derecho, según las leyes, a promover dicho juicio, es decir, el que no lo sea de parte alícuota. La protección de los segundos se materializa en una garantía registral cuyo régimen se contempla en la Ley Hipotecaria (arts. 42.1.7, 47 a 58, 87 a 91 LH) y en el Reglamento Hipotecario (arts. 81 y 82, 166.1.6, 147 a 154, 166.1.6, 197 a 206 RH).

## II. LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE LEGADO EN GENERAL

Todos los tipos de legados posibles conforme a la regulación del Código Civil español se aglomeran sintetizadas en el ordenamiento de la legislación hipotecaria

- 3 En relación a la disposición legal que impide al legatario tomar posesión de la cosa legada por su propia autoridad, y la correlativa obligación del heredero a su entrega, CHIKOC BARREDA N.: “La entrega de legado y la posesión civilísima”, *Revista de Derecho Civil*, 2016, vol. III, núm. 1, pp. 65-106, expone las dos posturas doctrinales sobre su justificación, bien en la posesión civilísima del heredero ex artículo 440 CC (ALBALADEJO, CALVO MEIJIDE, MANRESA, ROCA SASTRE, GARCÍA GARRIDO, SALOMÓN SANCHO), bien en el respeto a las legítimas y a la protección del derecho del legitimario (MOZOS, GÓMEZ DIEZ, ROCA TRÍAS).
- 4 RRDGRN 27 febrero 1982 (BOE 8 abril), 2 diciembre 2003 (BOE 13 enero 2014) y 9 marzo 2009 (BOE 25 marzo).
- 5 Sobre la responsabilidad hereditaria, vid. el actualizado trabajo y riguroso análisis crítico de GALICIA AIZPURUA, G.: “En torno al sistema de responsabilidad hereditaria del Código Civil (y de los Derechos civiles autonómicos)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2017, 9 de mayo 2017.

(registral inmobiliaria)<sup>6</sup>. En cualquier caso, la tutela registral del legado no tiene un tronco común, sino varias ramas y regímenes para distintos tipos de legados. La primera bifurcación, recién señalada, se produce en relación a la posibilidad de promover el “juicio de testamentaría”<sup>7</sup>; este pasa a denominarse, en la terminología de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, “procedimiento para la división judicial de la herencia”. Esta distinción, en igual sentido, lo ratifica el primer artículo de regulación de dicho proceso al establecer que el legatario de parte alcuota puede reclamar judicialmente la división de la herencia, siempre que esta no deba efectuarla un comisario o contador-partidor designado por el causante, por acuerdo entre los coherederos o por el secretario judicial o el notario (art. 782.I LEC). Hay que advertir que los legitimarios, aun los equiparados a los legatarios de cantidad, están legitimados para promover dicho procedimiento porque, en caso contrario, la remisión del artículo 844.I CC *in fine* carecería de entidad sustantiva<sup>8</sup>.

Así, la defensa del legatario que no tenga derecho, según las leyes, a promover el juicio de testamentaría, es decir, el que no lo sea de parte alcuota o, siéndolo, el causante se lo prohíbe expresamente<sup>9</sup> (salvo que a su vez sea legitimario), se materializa en la posibilidad de formalizar una garantía registral articulada mediante los efectos derivados de la anotación preventiva.

A su vez, arraigado en los precedentes normativos, el tratamiento registral de esos legados diverge en razón de su objeto, mediante dos regímenes jurídicos, distinguiendo:

- 6 Sobre un ensayo de clasificación de los legados ver GARCÍA CANTERO, G.: “Ensayo de una clasificación de los legados, en particular en el Código civil”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 497, 1973, pp. 781-810. Nítidamente manifestaba ALONSO PÉREZ, M.: “Sobre el legado”, cit., p. 5107, que “difícilmente se encontrará en el Derecho civil una figura tan lábil y plurivalente. Su complejidad intrínseca y en su aplicación práctica, sus variados matices y sus muchas diversificaciones, condenan de antemano la tarea emprendida a una labor de escaso éxito. Sin contar con las innumerables formas atípicas de legado, tantas como la rica fertilidad imaginativa proyectada sobre la autonomía privada del causante”.
- 7 El Código Civil de Cataluña, como garantías del legado, dispone que: “I. El legatario puede exigir que la persona gravada preste caución en garantía de los legados litigiosos que no puedan anotarse preventivamente en el Registro de la Propiedad. 2. En los legados que no sean de legítima, el causante puede excluir el deber a que se refiere el apartado 1” (art. 427-23 CCCat.). En principio, excepto los legados de parte alcuota, el resto pueden ser anotados preventivamente; así, esta disposición solo debe afectar a los legados de parte alcuota que estén en litigio.
- 8 El art. 844.I CC dispone: “La decisión de pago en metálico no producirá efectos si no se comunica a los perceptores en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión. Corresponderán al perceptor de la cantidad las garantías legales establecidas para el legatario de cantidad”.
- 9 El artículo 782 LEC no contempla la posibilidad de que el testador prohíba la partición, pero tampoco impide que pueda prohibirla conforme al artículo 1051 CC.  
En el supuesto de que el testador hubiese nombrado una persona encargada de hacer la partición, tampoco podrá promoverse la partición judicial; y en ese caso, opina NÚÑEZ MUÑOZ, M. C.: *El legado*, cit., p. 114, tampoco procede la anotación preventiva (art. 42.7 LH) porque la división del caudal está garantizada al haberse nombrado una persona para llevarla a cabo, y si además el testador le hubiese dado instrucciones al contador respecto de cómo efectuar la partición, deberá pasar por ella, siempre que no le perjudique la legítima si fuese heredero forzoso. Esta solución se apoya en el contador nombrado por el juez debe acomodarse a las instrucciones del testador, si las hubiera, a salvo las legítimas (art. 786 LEC); por tanto, con mayor razón, si el comisario es designado por el testador. Cuando no existan instrucciones en este sentido, el legatario debe prestar su conformidad a la misma y, si no lo hiciera porque le resulta lesiva, puede rescindirla.

(1) El legatario de un bien inmueble determinado (no de cosa ajena), o de créditos o pensiones consignados sobre ellos, es decir, el legado “de” inmueble determinado y propio, o “sobre” inmueble determinado y propio: “El legatario de bienes inmuebles determinados o de créditos o pensiones consignados sobre ellos podrá pedir en cualquier tiempo anotación preventiva de su derecho. Esta anotación sólo podrá practicarse sobre los mismos bienes objeto del legado” (art. 47 LH)<sup>10</sup>.

(2) El legatario de género o cantidad, con reglas específicas, a su vez, para los legados de renta:

(a) Legado de valor: se faculta al “legatario de género o cantidad” para “pedir la anotación preventiva de su valor dentro de los ciento ochenta días siguientes a la muerte del testador, sobre cualesquiera bienes inmuebles de la herencia, bastantes para cubrirlo, siempre que no hubieren sido legados especialmente a otros. No será obstáculo para la anotación preventiva que otro legatario de género o cantidad haya obtenido otra anotación a su favor sobre los mismos bienes” (art. 48 LH).

(b) Legado de renta o pensión periódica: dado que, en perspectiva temporal, tienen un potencial recorrido de larga duración, recibe un trato especial y su titular puede pedir la conversión de la anotación preventiva en inscripción de hipoteca sobre bienes de la herencia que se hubieran adjudicado al heredero o legatario gravado con la pensión (arts. 88 y 89 LH).

Como se ha señalado, el legatario que no tenga derecho, según las leyes, a promover el juicio de testamentaría, podrá pedir anotación preventiva de su derecho en el registro correspondiente (art. 42.7 LH). Entre los legatarios solo tienen legitimación para promover el juicio de “división judicial de herencia” los legatarios de parte alícuota (art. 782.I LEC)<sup>11</sup>; por tanto, todo legatario que no lo sea de parte alícuota puede solicitar anotación preventiva de su derecho, o el que siéndolo tenga prohibida acudir a la testamentaría por voluntad del causante.

Las anotaciones preventivas previstas a favor de los legatarios se distinguen en razón de la calidad del legatario: de bienes inmuebles determinados, o de género o cantidad. La diferencia viene determinada porque el legatario de cosa específica y determinada ha de considerarse propietario del bien legado desde el fallecimiento

10 En el Derecho Civil de Aragón, en cambio, “el legatario de cosa cierta y determinada existente en el caudal hereditario puede, por sí solo, aun habiendo legitimarios, tomar posesión de la misma y, si fuera inmueble, obtener la inscripción a su nombre en el Registro de la Propiedad en virtud de la escritura pública en que formalice su aceptación” (art. 479 Código del Derecho Foral de Aragón).

11 SSTS 22 enero 1963 (RAJ 1963, 447) y 12 junio 2006 (ROJ STS 3727/2006): “dada la naturaleza, alcance y efecto de esta especie de legado y la ausencia de su reglamentación en nuestro Código Civil, deben serle aplicables determinados preceptos legales relativos al heredero, y muy especialmente aquellos cuyo ‘fin inmediato’ es el conocimiento por el sucesor del patrimonio en que haya de participar, su cuantía y composición, punto en el que la semejanza entre el heredero y el legatario de parte alícuota aparece más destacada”.

del causante, mientras que los legatarios de cosas genéricas son meros acreedores de los herederos (arts. 882 y 884 CC).

(1) El legado de bien inmueble determinado (legatario titular del derecho de propiedad de la cosa legada), o de crédito o pensión consignado sobre inmueble (legatario de un crédito con garantía real). Por ser titulares desde el momento mismo del fallecimiento del causante, la anotación preventiva puede pedirse en cualquier tiempo, y ha de practicarse sobre los mismos bienes objeto del legado (art. 47 LH).

(2) El legado de género o cantidad: el legatario solo tiene un derecho de crédito contra el gravado con el legado, y por ello la anotación preventiva, si se solicita dentro de los ciento ochenta días siguientes a la muerte del testador, puede hacerse sobre cualesquiera bienes inmuebles de la herencia que sean bastantes para cubrir el valor de los mismos, pero siempre que no se trate de bienes inmuebles legados especialmente a otros. No es obstáculo para la anotación preventiva que otro legatario de género o cantidad haya obtenido otra anotación a su favor sobre los mismos bienes (art. 48 LH). Si el legatario hubiera dejado transcurrir el plazo antes indicado sin hacer uso de su derecho, solo podrá exigir después la anotación preventiva sobre los bienes de la herencia que subsistan en poder del heredero (art. 52 LH).

La anotación puede requerirse mediante convenio entre las partes o por resolución judicial dictada en juicio verbal, librando el juez el correspondiente mandamiento al registrador (arts. 56 y 57 LH)<sup>12</sup>. Cuando se trata de legados de cosa genérica o de cantidad, que son de naturaleza obligacional, la anotación se debe practicar sobre bienes que pueden llegar a ser del heredero y, por tanto, es preciso su consentimiento o el mandamiento judicial porque el heredero puede haber pagado el legado o puede haberlo extinguido de cualquier otra manera (p.ej., por compensación) al margen del registro.

Una vez practicada, sus efectos varían conforme a la distinción anterior:

---

12 RDGRN 22 octubre 1998 (BOE 23 noviembre): "La prioridad registral del mandamiento cuestionado vendrá determinada exclusivamente por la fecha de su presentación en el Registro (cfr. art. 24 LH), sin que pueda anticiparse a la fecha de presentación de la solicitud privada, pues, al no tener esta aptitud para provocar la anotación pretendida, en modo alguno podrá ser calificada de título formal respecto del cual el mandamiento sería un mero documento complementario subsanatorio del defecto imputado a aquélla; el verdadero título inscribible es el mandamiento, y, en tanto no acceda al Registro, las titularidades que éste proclame no quedan en absoluto afectadas por el asiento de presentación de dicha solicitud privada, si bien, en tanto éste no caduque, no podrá procederse al despacho de los títulos presentados posteriormente, relativos a las mismas fincas (cfr. art. 17 LH)".

RDGRN 5 marzo 2013 (BOE 11 abril): "Al no haberse presentado mandato judicial es imprescindible acreditar el convenio entre las partes interesadas (cfr. artículos 56 LH y 147 y 148 RH). Por ello, en el presente caso no puede reputarse cumplido tal requisito, toda vez que la escritura de entrega de legado es otorgada únicamente por los dos legatarios que tienen además la cualidad de herederos y, al estar inscrita la finca a nombre de la causante, es ineludible el consentimiento de los restantes trece herederos o el que de ellos hubiera sido, mediante la partición hereditaria, adjudicatario de la finca que haya de ser gravada por la anotación (cfr. RDGRN 3 mayo 1924)".

(1) Los efectos de la anotación se asemejan a los de la eventual inscripción en que puede desembocar; especialmente reserva el puesto registral a la inscripción definitiva que se efectúe en el momento de la entrega del legado.

(2) La anotación atribuye al legatario un derecho de realización del valor del legado sobre la finca objeto de anotación; por tanto, se concede al legatario una preferencia en cuanto al importe de los bienes anotados, que varía según la anotación se haya pedido antes o después de los ciento ochenta días siguientes a la muerte del testador:

Los legatarios que hayan obtenido anotación preventiva sobre una misma finca, dentro de dicho plazo, tendrán preferencia para el cobro de su legado sobre los legatarios que no hayan hecho uso de su derecho en ese término; no obstante, aquellos legatarios carecen de preferencia entre sí (art. 51 LH); también son preferentes respecto a cualquier adquirente de los bienes hereditarios que traiga su derecho del heredero, así como en relación a los acreedores del propio heredero (no del causante). Los legatarios que piden la anotación preventiva una vez pasados los indicados ciento ochenta días no tienen preferencia entre sí, ni tampoco sobre los demás legatarios que hayan omitido aquella formalidad (art. 53 LH). Solo tienen preferencia respecto de quienes, con posterioridad a la anotación, hayan adquirido del heredero algún derecho sobre los bienes anotados (arts. 52 y 53 LH).

Se prevé una regla particular para los legados de rentas o pensiones periódicas impuestas por el testador determinadamente a cargo de alguno de los herederos o de otros legatarios, sin declarar personal esta obligación (voluntad de no querer que se constituya una garantía real en favor del legado): el legatario tiene derecho, mientras la anotación no caduque, a exigir que la anotación preventiva de su derecho se convierta en inscripción de hipoteca (art. 88 LH). La conversión de la anotación puede hacerse por convenio entre las partes o por resolución judicial (art. 197.4 RH).

### III. LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DEL LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA

Según ya se ha indicado, los legatarios de parte alícuota, en principio, no tienen el derecho de pedir anotación preventiva al considerarse innecesaria desde que cualquier menoscabo que pudiera producirse en sus derechos puede ser evitado mediante su facultad de promover el juicio de testamentaría o, según la terminología de la vigente LEC, solicitar la división judicial de la herencia. Sin embargo, la anotación preventiva a que se refiere la ley en sus artículos 42.6 y 46 LH se practicará mediante solicitud, entre otros, de los legatarios de parte alícuota (art. 146 RH). Se refiere al caso en que pueden pedir "anotación preventiva de sus respectivos derechos en el registro correspondiente... los herederos respecto de su derecho hereditario, cuando no se haga especial adjudicación entre ellos de bienes concretos, cuotas o

partes indivisas de los mismos" (art. 42.6 LH); este derecho hereditario solo podrá ser objeto de anotación preventiva y puede ser solicitada por cualquiera de los que tengan derecho a la herencia o acrediten un interés legítimo en el derecho que se trate de anotar, haciendo referencia expresa a que lo pueden hacer "los herederos, legitimarios o personas que tengan derecho a promover el juicio de testamentaría" (art. 46 LH). Este régimen sorprende al operador jurídico porque, sistemáticamente, no parece coherente no permitir anotar su propio derecho (de legado), pero sí otro distinto (derecho hereditario) que no le corresponde<sup>13</sup>.

El legatario de parte alícuota o parciario se excluye, en principio, de la anotación preventiva de legado en razón de que tal anotación pretende garantizar ese derecho en el período que va desde el fallecimiento del causante hasta que el legatario pueda demandar el pago de sus legados en tanto estos no son inmediatamente exigibles: los herederos no pueden ser inquietados durante la formación de inventario y en el término para deliberar porque "no podrán los legatarios demandar el pago de sus legados" (art. 1025 C)<sup>14</sup>; en el ámbito procesal, complementariamente, se dispone que "no obstará el juicio de testamentaría para que los herederos ejerciten en tiempo y forma el derecho de deliberar o el beneficio de inventario" (art. 1052.1 LEC). Con la anotación preventiva se evita que durante este tiempo el heredero pueda realizar actos tendentes a defraudar el derecho de los legatarios, excluyendo los parciarios; pero estos últimos tampoco pueden exigir su legado, y el peligro que se trata de evitar con la anotación preventiva en los demás legados, también lo corre el de parte alícuota (aún más si se somete a término inicial o a condición suspensiva); todos los legados se someten a un plazo inevitable que debe transcurrir para poder reclamarlo<sup>15</sup>.

Se producen entonces, para el legatario parciario, dos incongruencias: la razón de la negativa de anotación preventiva es que su derecho está suficientemente garantizado con el "juicio de testamentaría", pero en su caso se permitiría anotar un derecho que no es el suyo (el hereditario) para garantizar el que le corresponde porque, al parecer, no estaba tan garantizado; por otra parte, no se advierte la razón de que a este legatario, por el simple hecho de atribuírsele una cuota de bienes en lugar de algo concreto, se le prive de la garantía que la anotación concede: "El legatario que obtuviere anotación preventiva será preferido a los acreedores del heredero que haya aceptado sin beneficio de inventario y a cualquier otro que, con

13 Sobre la anotación preventiva en general y del derecho hereditario en particular ver MOZOS TOUYA, A. M. de los: "La anotación preventiva del derecho hereditario", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1982, pp. 1423-1503.

14 Este período transitorio durante el cual los herederos no pueden ser inquietados por los legatarios, necesario para la formación de inventario, se manifiesta también en otros casos: cuando al heredero se concede término para deliberar (art. 1025 CC); durante el tiempo que transcurre en los legados *ex die* o *sub conditione* hasta cumplirse el término o la condición; o mientras se confecciona el inventario a los efectos de la detracción de la cuarta falcidia en los Derechos civiles autonómicos donde se contempla.

15 MIGUEL TRAVIESAS, M.: "Legados", *Revista de Derecho Privado*, 1931, p. 180, subraya, como razón práctica, que en estos casos "no puede ser determinado el valor del legado hasta que haya inventario y tasación de bienes".

posterioridad a dicha anotación, adquiera algún derecho sobre los bienes anotados” (art. 150 LH). Semejante paradoja se resolvería, sencillamente, permitiendo que pudiese anotar su derecho como los demás legatarios.

La línea argumental basada en la letra de la ley (art. 42 LH) sostiene que el legatario parciario no puede anotar su derecho, sino solo instar la partición de la herencia<sup>16</sup>. A partir de ahí, cuando el testador le prohíba promover el juicio de partición, cabe admitir la asimilación (que no equiparación) al heredero<sup>17</sup>: admitiendo tal asimilación, puede sostenerse que aquel pueda anotar el derecho hereditario y quedar amparado entretanto<sup>18</sup>; o puede mantenerse que puede anotar su derecho al legado como legatario que no puede promover la partición<sup>19</sup>.

La cuestión del alcance de la equiparación, en lugar de esclarecerse, sigue turbia en la disposición reglamentaria: “A los efectos de las anotaciones preventivas reguladas por los artículos anteriores, los legatarios de parte alícuota se considerarán asimilados en todo caso a los herederos” (art. 152 RH). Los artículos anteriores a los que se refiere (arts. 147 a 151 RH) regulan, basándose en que los legatarios pueden anotar su derecho (art. 42.7 LH), la anotación preventiva de los legados, exceptuando los legados parciarios. Esta asimilación a los herederos puede entenderse como: posibilidad de pedir anotación preventiva de su derecho al legado (con fundamento en el art. 42.7 LH); o posibilidad de pedir anotación preventiva del derecho hereditario (con fundamento en los arts. 42.6 y 46 LH).

Esa segunda opción puede reputarse como “más prescindible” por razón teleológica y sistemática: si esa fuera la voluntad del legislador, la disposición del artículo 152 RH es innecesaria porque, para fundamentar la anotación al amparo del artículo 42.6 LH, son suficientes las disposiciones de los artículos 46 LH y 146 RH, sin necesidad de reiterarla (de modo difuso además); paralelamente, la misma posibilidad de solicitar la anotación del derecho hereditario la tienen los acreedores de la herencia sin tener que asimilarlos a los herederos. Soslayando la segunda opción, a favor de la primera se puede argumentar además, tal como ya se ha señalado, que los legatarios parciarios, cuando el causante les prohíba promover el juicio de partición (o testamentaria), pueden pedir la anotación preventiva como

16 Los Derechos civiles autonómicos que siguen el sistema romano establecen la posibilidad de satisfacer el legado de parte alícuota en bienes de la herencia o en dinero: Cataluña (art. 427-37 CCCat) y Navarra (291.2 FN). En estos casos es muy dudoso que el legatario puede promover el juicio de testamentaria por lo que, en su caso, podrían solicitar la anotación preventiva con forme a la normativa registral.

17 Mientras el heredero va a recibir todo el derecho del causante, el legatario parciario únicamente la cuota del activo neto que se le hubiese asignado; de esta forma, es partícipe en la masa hereditaria pero su cuota en el activo se determinará previa la satisfacción de las deudas y cargas de la herencia, que solo indirectamente le afectarán en cuanto contribuyen a fijar con exactitud la cifra base por la que se computa su parte, pero sin que se halle obligado a su pago, del que no responderá personalmente frente a los acreedores.

18 MOZOS TOUYA, A. M. de los: “La anotación”, cit. pp. 1423-1503.

19 ROCA SASTRE, R. M<sup>o</sup>, y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho Hipotecario VI*, Bosch, Barcelona, 1997 (8<sup>a</sup> ed.).



legatarios que no tienen derecho a promover el citado juicio (fundamento del art. 42.7 LH).

Por todo ello, para proveer de contenido a la disposición reglamentaria, NÚÑEZ MUÑOZ entiende "que la asimilación debe entenderse referida a que los requisitos para instar la anotación del derecho del heredero y del legatario de parte alícuota son los mismos, es decir, el legatario parciario, pese a no ser heredero, debe ajustarse a la forma y requisitos establecidos para anotar el derecho que a este le corresponde, al menos cuando existan otros legatarios que no sean de parte alícuota, pues los artículos anteriores a que alude el 152 RH, hacen referencia a la anotación de los legados"<sup>20</sup>. Este tratamiento especial (adaptarse a la forma y a los requisitos establecidos para anotar el derecho hereditario) se debe a que el legado parciario solo puede calcularse una vez satisfechas todas las deudas y demás legados; de manera que, al no estar inicialmente concretada, el legatario parciario se asimila al heredero a la hora de pedir la anotación preventiva para dar preferencia a los demás sucesores particulares en la anotación de su derecho. Así la ventaja preferencial que el resto de legatarios pueden obtener mediante la anotación preventiva, incluso del resto de legatarios que no hayan anotado en el plazo de 180 días, no puede obtenerla el legatario parciario porque su derecho se encuentra en una situación similar a la del heredero: su contenido se calcula después de satisfacer todas las cargas de la herencia, inclusive las impuestas por voluntad del causante.

El legatario de parte alícuota, para anotar su derecho, se somete a la regulación de la anotación del derecho hereditario (arts. 49 LH, y 149 y 150 RH): para anotar su derecho dentro de los ciento ochenta días siguientes a la apertura de la sucesión, siempre que haya otros legatarios que no sean de cuota, estos deben renunciar a anotar su derecho, expresamente en escritura pública. Si no hay tal renuncia, debe comunicarse judicialmente la solicitud del legatario de cuota al resto de legatarios con treinta días de anticipación, para que en dicho término puedan, si lo desean, anotar ellos su derecho; transcurrido el plazo sin que los legatarios acrediten haber instado judicialmente la anotación, el legatario parciario podrá anotar su derecho de legado.

En suma, el legatario de parte alícuota puede pedir siempre anotación preventiva: cuando el causante le haya prohibido promover la división judicial de la herencia, puede solicitar la anotación como un legatario más (art. 42.7 LH) y anotar su derecho dentro de los ciento ochenta días siguientes a la apertura de la sucesión con preferencia al heredero; cuando no tenga tal prohibición, podrá promover el juicio

20 NÚÑEZ MUÑOZ, M. C.: *El legado*, cit., p. 160. Los herederos no pueden pedir la anotación del derecho hereditario, ni inscribir a su favor los bienes dentro de los ciento ochenta días siguientes al fallecimiento del testador; para ello es necesario que todos los legatarios renuncien previamente, mediante escritura pública, a su derecho de anotación (art. 49 LH). Debe atenderse, también, a la forma en que deben ser notificados los legatarios cuando los herederos pretendan anotar su derecho en el expresado plazo de ciento ochenta días, a los efectos de que aquellos puedan ejercitar su preferente derecho de anotación (arts. 149 y 150 RH).

de división judicial de la herencia (art. 46 LH) y solicitar la anotación de su derecho previa renuncia expresa de los demás legatarios o tras haberles sido comunicada judicialmente a estos la solicitud (arts. 49 LH, y 140 y 15 RH). En este segundo supuesto, si bien lo que formalmente se anota es el “derecho hereditario”, su alcance se determina mediante la expresión de la cualidad del solicitante (heredero o legatario de parte alícuota)<sup>21</sup>.

#### IV. LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DEL LEGADO ESPECÍFICO

Cuando se trata de legados de cosa específica propiedad del causante, la cosa legada pasa a ser propiedad del legatario de manera directa y el heredero solo puede cumplir con el legado entregando aquella cosa concreta; por ello, la anotación preventiva no necesita el consentimiento del heredero. De hecho, el artículo 151 RH incluso impide a los herederos inscribir a su favor los bienes determinados que han sido legados específicamente a otras personas, y el artículo 48 LH impide practicar anotaciones preventivas de legado de cosa genérica o de cantidad sobre las cosas legadas específicamente a otra persona.

El cuestionamiento doctrinal de la anotación preventiva del legado específico se centra tanto en el carácter de la garantía, como en la utilidad de la misma<sup>22</sup>. En este supuesto, el legatario es titular de un derecho real y, como tal titular, puede ejercer la acción real contra el gravado. Por eso es crítica habitual sobre la opción legislativa no poder vislumbrar alguna razón para reforzar aún más la posición del legatario de legado específico; de hecho, el heredero tiene la opción de inscribir el resto de bienes hereditarios (art. 151.1 RH), soslayando los inmuebles que hayan sido legados.

En esta labor de apreciación de la posible razón de otorgar al legatario la posibilidad de materializar la anotación preventiva de su legado, la doctrina ha ensayado varias explicaciones:

- 
- 21 Esta conclusión aparece matizada por PITA BRONCANO, C. P.: *La preferencia de los acreedores del causante*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 264, recalcando que con el actual procedimiento para la división de la herencia no se produce la separación del patrimonio hereditario que el legatario obtenía al promover el juicio de testamentaria durante la vigencia de la LEC-1881, salvo cuando los acreedores del causante se opongan a la partición provocando la indivisión del patrimonio hereditario y favoreciendo indirectamente a los legatarios. Por ello, entiende que los legatarios de parte alícuota, a pesar de poder instar la partición, deben estar legitimados en cada caso, como el resto de los legatarios, para anotar preventivamente sus derechos.
- 22 Se ha remarcado su inutilidad por ESCRICHE MARTÍN, J.: “Anotaciones Preventivas”, en AA.VV.: *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia I* (edición reformada y aumentada por J. V. CARAVANTES Y L. GALINDO Y DE VERA), Eduardo Cuesta, Madrid, 1874, p. 540; GALINDO Y DE VERA, L., y ESCOSURA Y ESCOSURA, R. de la: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España y Ultramar II*, Imprenta de la Rifa, Madrid, 1890, p. 649; MORELL Y TERRY, J.: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria III*, Hijos de Reus, Madrid, 1917, p. 129; GIMÉNEZ-ARNAU Y GRAN, E. (1941): *Tratado de Legislación Hipotecaria II*, Ediciones Españolas, Madrid, 1941, p. 10; ROCA SASTRE, R. M<sup>º</sup>, y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho Hipotecario*, cit., p. 512.

(1) Para GALINDO Y DE VERA, y DE LA ESCOSURA se puede explicar en razón, no de que se pueda enajenar la cosa legada, sino en que el heredero, los legitimarios y los acreedores se opongan a la entrega del legado<sup>23</sup>.

(2) Según MORELL Y TERRY, tiene base en la inseguridad sobre la eficacia de la transmisión "ya por la forma de la aceptación de la herencia y la existencia de deudas, ya por no caber en la porción libre de la herencia". Sin dejar de defender la inutilidad del mecanismo, "la única razón que puede motivar la anotación es la necesidad legal de que el legado se entregue por los herederos o personas designadas al efecto"<sup>24</sup>.

(3) Explica GETE-ALONSO que, "en realidad, la justificación más clara —si quiere dársele alguna— se encuentra o deriva, mejor dicho, de la propia mecánica del Registro de la Propiedad: a) De una parte de tender a garantizar, no la existencia del derecho real legado, que no se cuestiona, sino su pago (entrega de la posesión o exigencia de la pensión o crédito). b) De otra del principio de oponibilidad que se deriva de la mecánica registral". Esta disquisición se ajusta a la justificación consignada en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria donde la mecánica registral se equipara a la pretensión de dar publicidad a las titularidades de los derechos<sup>25</sup>.

(4) Reseña ROCA SASTRE que, "en rigor, al menos en el régimen del Código civil, tal anotación es superflua; los herederos no podrán inscribir a su favor la cosa legada (art. 151 RH), y aunque anoten tan sólo su derecho hereditario, el legado de cosa inmueble específica propia de la herencia constará registrado en el asiento hereditario de la finca legada"<sup>26</sup>.

(5) Dice ALFONSO RODRÍGUEZ que, "en la práctica, puede ser útil para activar la intervención del heredero (arts. 885 y 440 CC), asegurar la integridad en la entrega, ya que ha de entregarse con todos sus accesorios (arts. 883 y 885 CC), acreditar ante quien corresponda el derecho a los frutos (dividendos, cosechas..., art. 882.1 CC), gestionar la concesión de un préstamo hipotecario o su transmisión; por el contrario, también puede facilitar las reclamaciones por daños extracontractuales (arts. 1906-1.910 CC en relación con el art. 882.2 CC)"<sup>27</sup>.

En todo caso, este derecho a solicitar la anotación preventiva de legado específico se concreta en los siguientes rasgos característicos:

23 GALINDO Y DE VERA, L., y ESCOSURA Y ESCOSURA, R de la: *Comentarios*, cit., p. 649.

24 MORELL Y TERRY, J.: *Comentarios*, cit, p. 157.

25 GETE-ALONSO CALERA, M. C.: "Las garantías hipotecarias del legado", *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 80, 1981, núm. 2, p. 335.

26 ROCA SASTRE, R. M<sup>o</sup>, y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho Hipotecario*, cit., p. 513.

27 ALFONSO RODRÍGUEZ, M. E.: "Artículos 42 a 103 de Ley Hipotecaria", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo VII –Vol. 5<sup>o</sup> (dir. por M. ALBALADEJO y S. ALABART), Edersa, Madrid, 2000.

(1) En el aspecto temporal relativo al plazo de solicitud, puede hacerse en cualquier tiempo. En todo caso, la solicitud tiene un límite jurídico innato: la entrega del legado (art. 197.3 RH) porque desde ese momento procede la inscripción del derecho real inmobiliario.

(2) Por lo que hace al objeto, solamente recae sobre los mismos bienes legados y no otros, en conformidad al principio de especialidad registral (art. 47.2 LH). La propia ley lo ratifica luego al señalar que los legados genéricos pueden recaer “sobre cualesquiera bienes inmuebles de la herencia..., siempre que no hubieren sido legados especialmente a otros” (art. 48.I LH).

(3) En relación al propio contenido de la anotación preventiva, hay que remarcar que no se anota el derecho real objeto del legado; en su caso se inscribirá luego la propiedad u otro derecho real inmobiliario adquirido mediante el legado. Lo que propiamente se anota es el derecho a exigir el pago de ese legado, es decir, bien la entrega de la posesión, o bien la exigencia de la pensión o del crédito. Precisamente por ello, realizada la anotación preventiva, para su conversión en inscripción se requiere presentar “la escritura pública en que conste la entrega de legado o, en su defecto, la resolución judicial correspondiente” (art. 197.3 RH).

(4) Por último, como se ha señalado, la anotación preventiva no impide que el heredero pueda inscribir “a su favor los demás bienes hereditarios en cualquier tiempo” (art. 151.I RH).

Una vez realizada la anotación preventiva, esta genera los siguientes efectos:

(1) La reserva de rango registral. La anotación preventiva en ningún caso es requisito para luego inscribir el derecho real del legatario, porque este derecho real puede ser inscrito por sí mismo en razón de su propio carácter real (art. 2 LH). En cambio, la anotación sí tiene la funcionalidad de dispensar una reserva de rango registral para el caso de que luego se convierta en inscripción del derecho real (art. 197.3 RH); de esta manera, realizar la anotación preventiva implica que, transformada en inscripción definitiva, “surtirá ésta su efecto desde la fecha de la anotación” (art. 70 LH). Esta reserva de rango es una importante limitación legal al poder de disposición del heredero porque, al impedirle inscribir o anotar su derecho, elimina también la protección registral de terceros adquirentes. Pero la anotación no otorga una plenitud de rango según se detalla a continuación.

(2) La oponibilidad y preferencia. A su vez, la anotación confiere oponibilidad y preferencia frente a terceros adquirentes, acreedores y legatarios. Sustancialmente, la preferencia significa que el bien inmueble anotado queda afecto al pago del legado. En cualquier caso, el grado de preferencia varía dependiendo de los distintos sujetos intervinientes:

(a) La preferencia es absoluta frente a los acreedores y adquirentes del heredero. Eludiendo la discusión sobre la necesidad de aceptar o no el legado, si el legatario adquiere el derecho real inmobiliario desde el momento de la apertura de la sucesión, el bien objeto del legado queda separado de la masa hereditaria. La eficacia general de la anotación de los legados así lo determina: "El legatario que obtuviere anotación preventiva será preferido a los acreedores del heredero que haya aceptado la herencia sin beneficio de inventario y a cualquiera otro que, con posterioridad a dicha anotación, adquiera algún derecho sobre los bienes anotados; pero entendiéndose que esta preferencia es solamente en cuanto al importe de dichos bienes" (art. 50 LH)<sup>28</sup>. La expresión "a cualquiera otro" incluye a los adquirentes de los bienes que traigan su derecho del heredero cuando los adquieran después de realizada la anotación.

En algunos casos, la propia realidad jurídica material será suficiente para proteger al legatario. Para los legatarios, el principal conflicto puede provenir de los acreedores del heredero que instan un proceso de ejecución de los bienes del heredero. Aparte de que el legatario adquiere su derecho desde el fallecimiento del causante, en todo caso, cuando los acreedores del heredero llegan al procedimiento de apremio, el bien inmueble anotable y anotado saldrá a subasta con la declaración judicial relativa a las cargas derivadas del testamento (cfr. arts. 646 y 655 LEC), de modo que el posible adquirente conocerá la existencia de las cargas del bien y no estará protegido por la fe pública registral si inscribiese su adquisición antes de que lo hicieran los legatarios de una pensión o de una renta consignada sobre un bien inmueble del caudal hereditario. En relación a los adquirentes del heredero, para que este tercer adquirente pueda inscribir su derecho debe atenerse al principio de tracto sucesivo (art. 20 LH): solo se inscribirá la adquisición del tercero si previamente se ha inscrito la titularidad del heredero, pero para inscribir su titularidad este deberá aportar su título de propiedad y, en ese caso, el registrador de la propiedad inscribirá simultáneamente todas las cargas reales que sobre el bien haya impuesto el testador (con la consiguiente preferencia del derecho del legatario sobre la adquisición del tercero en virtud de la prioridad registral).

Sin embargo, la anotación preventiva, aparte de su conveniencia por la ventaja formal que genera, siempre será necesaria y de máxima relevancia en los casos en que su utilidad es manifiesta, como son los casos de anomalías jurídicas (p. ej., un eventual error judicial o de calificación), o la prescripción adquisitiva por parte de un tercero.

<sup>28</sup> Se refiere a la aceptación sin beneficio de inventario (pura y simplemente); sin embargo, aun habiéndolo solicitado, el beneficio pueda perderse como consecuencia de la actuación negligente de los herederos, dejando a los legatarios y acreedores desprovistos de la protección indirecta que se deduce de someter la herencia a una administración liquidadora.

(b) La preferencia entre los legatarios presenta una diferenciación. Por un lado, entre los legatarios específicos se da preferencia absoluta sobre el inmueble receptor de la anotación. En realidad, en este caso no hay concurrencia de legatarios sobre el mismo inmueble porque cada cual lo ha realizado “sobre los mismos bienes objeto de su legado” (art. 47.2 LH). Por otra parte, frente a los legatarios no específicos, en cambio, será preferido el específico para cobrar su legado respecto del bien inmueble anotado. El legatario de género no puede solicitar anotación sobre bienes que “hubieren sido especialmente legados a otros” (art. 48.I LH); y se establecen las reglas de preferencia entre los legados no específicos “sin perjuicio de la que corresponda al legatario de especie” (art. 51.2 LH).

En definitiva, la anotación preventiva del legado específico desempeña una función de garantía que deriva directamente de la finalidad publicitaria del registro de la propiedad. La doctrina remarca esta equiparación: ROCA SASTRE habla de “anotación de mera publicidad” de una titularidad de dominio o derecho real que aún no es perfecta, pues le falta la tradición o entrega<sup>29</sup>; también GETE-ALONSO concluye que “la garantía es la propia publicidad”<sup>30</sup>. Es decir, la propia publicidad registral es la garantía o medio para que el legatario ejerza su acción reivindicatoria frente al gravado con mejores expectativas de éxito.

## V. LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DEL LEGADO NO ESPECÍFICO (GENÉRICO)

Cualquier finca registral que pertenezca al caudal relicto puede ser objeto de anotación preventiva siempre que no hubieren sido expresamente legados a otra persona; con esta última salvedad, la anotación preventiva puede tomarse sobre cualesquiera bienes de la herencia sin que, además, el derecho de otro legatario de género o de cantidad constituya obstáculo para anotar el legado. Esta anotación tiene carácter constitutivo y produce los efectos de las anotaciones de embargo sobre los bienes hereditarios inmuebles en su función de patrimonio de responsabilidad atribuyendo al legatario un verdadero derecho de realización de valor respecto de los derechos adquiridos con posterioridad a la anotación.

De esta forma, la anotación preventiva del legado de “género o cantidad” otorga al legatario genérico preferencia sobre el valor de los bienes anotados:

(I) En primer lugar respecto de los acreedores del heredero cuando este haya aceptado la herencia sin beneficio inventario, y asimismo respecto de los acreedores que adquieran derechos sobre los bienes anotados con posterioridad a la anotación.

29 ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>, y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho Hipotecario*, cit., p. 509 y 518.

30 GETE-ALONSO, M. C.: “Las garantías”, cit., p. 337.

(2) Además, respecto de los legatarios que no hayan hecho uso de su derecho de anotar dentro de los ciento ochenta días siguientes a la muerte del causante, el legatario que obtiene la anotación también es preferente en cuanto al importe de los bienes anotados.

(3) Si el legatario solicita anotación después de los ciento ochenta días, no tiene preferencia alguna sobre los demás legatarios que hayan omitido aquella formalidad; la única ventaja que obtiene para el cobro de su legado es ser antepuesto al acreedor del heredero que adquiera algún derecho sobre los bienes anotados con posterioridad.

En realidad, la anotación tiene por objeto, no el legado propiamente, ya que lo impide el principio de especialidad registral, sino concretamente el valor del legado cuyo pago se garantiza por los bienes inmobiliarios anotables de la herencia.

Para esclarecer la calificación de esta anotación preventiva hay que analizar el orden dinámico de su funcionamiento: el derecho a pedir la anotación; la anotación realizada dentro del plazo legal<sup>31</sup>; y la anotación efectuada fuera del plazo legal.

## I. El derecho a pedir la anotación

Cuando concurren los requisitos de que el testador ha otorgado legados no específicos, y en la herencia existen bienes inscritos en el registro de la propiedad, entonces surge, técnicamente, el derecho a pedir la separación de todo el patrimonio inmobiliario registrado que queda sujeto a responder de los legados, según lo ya adelantado: "El legatario de género o cantidad para pedir la anotación preventiva de su valor, dentro de los 180 días siguientes a la muerte del testador, sobre cualesquiera bienes inmuebles de la herencia, bastantes para cubrirlo, siempre que no hubieren sido legados especialmente a otros. No será obstáculo para la anotación preventiva que otro legatario de género o cantidad haya obtenido otra anotación a su favor sobre los mismos bienes" (art. 48 LH). Este precepto protege a los legatarios en ese período frente al heredero que va a adquirir los bienes de la herencia de manera que puede solicitar la anotación sobre bienes inmuebles enajenados por el heredero afectando al tercer adquirente; la anotación practicada en ese plazo otorga al legatario preferencia absoluta sobre los adquirentes de dichos bienes.

31 Seis meses contables (180 días) que equivale a la mitad del año comercial (360 días); plazo general establecido en vista de los términos fijados para la elaboración del inventario. En el Derecho civil navarro los 180 días se equiparan a seis meses; concretamente, la ley 319 FN dispone que los acreedores hereditarios, dentro del plazo de seis meses, a contar de la fecha del fallecimiento del causante, podrán solicitar del juez la formación de inventario y la separación de los bienes de la herencia, y en las notas a la Recopilación Privada (AAVV, *Derecho Foral de Navarra. Derecho Privado (Recopilación Privada)*, Pamplona: Diputación foral de Navarra, 1971, p. 225) respecto de tal plazo se dice lo siguiente: "Se acoge en el texto el plazo de seis meses, por analogía con el establecido en Ley Hipotecaria (art. 48) para que los legatarios puedan pedir anotación preventiva de su derecho".

Por su parte, el heredero puede inscribir su derecho, pero esta inscripción del heredero queda a expensas de las siguientes circunstancias: "Si el heredero quisiere inscribir a su favor los bienes de la herencia o anotar su derecho hereditario dentro del expresado plazo de los 180 días, y no hubiere para ello impedimento legal, podrá hacerlo, con tal de que renuncien previamente y en escritura pública todos los legatarios a su derecho de anotación, o que en defecto de renuncia expresa se les notifique judicialmente, con 30 días de anticipación, la solicitud del heredero, a fin de que durante dicho término puedan hacer uso de aquel derecho" (art. 49.1 LH). Es decir, previamente el gravado debe satisfacer los legados (art. 151.2 RH), el legatario haber renunciado expresamente a la anotación (art. 150.2 RH), y no recibir contestación del legatario después de notificársele la solicitud del heredero (arts. 149 y 150 RH).

Por tanto, durante ese período todos los bienes inmuebles de la herencia, a efectos registrales, quedan vinculados a la responsabilidad sobre los legados, como expresamente advertía la Exposición de Motivos de la LH-1861: los herederos "no debían ignorar que durante el tiempo que queda señalado, están sujetos a responder a los legatarios en lo que alcanzaren los bienes inmuebles que pertenecían a la herencia". Se refuerza, además, por la disposición siguiente: "Si alguno de los legatarios no fuere persona cierta, el Juez o Tribunal mandará hacer la anotación preventiva de su legado, bien a instancia del mismo heredero o de otro interesado, bien de oficio" (art. 149.2 LH); se faculta al juez para que, en su caso, efectúe de oficio la anotación.

Como consecuencia, por una parte, desde la perspectiva registral, se genera una reserva de rango hipotecario (art. 53 LH *sensu contrario*) desde el momento de la apertura de la sucesión; y, por otra, desde la perspectiva práctica, se establece una limitación al poder de disposición del heredero en cuanto, al impedir inscribir o anotar su derecho, los eventuales adquirentes no tienen protección registral en su adquisición.

En definitiva, el derecho a pedir la anotación y el derecho a pedir la separación son dos elementos intrínsecamente vinculados: la solicitud de anotación desemboca en la separación patrimonial que será efectiva mediante una preferencia de cobro en favor del legatario.

## **2. La anotación realizada dentro del plazo legal**

La ley establece un plazo de ciento ochenta días, que se computan a partir de la apertura de la sucesión, para poder anotar preventivamente su derecho sobre cualquier inmueble hereditario, aunque haya sido enajenado (art. 48 LH). Una vez realizada la anotación preventiva dentro ese intervalo temporal, se generan dos efectos sustantivos conforme, no al régimen codificado, sino a la normativa registral: (1) la separación, y (2) la preferencia.



(1) Mediante la publicidad registral se constata el siguiente derecho del legatario: el derecho de “separación” respecto de los bienes inmuebles de la herencia que han sido objeto de anotación. Previene el caso de que el heredero acepte la herencia sin beneficio de inventario o, haciéndolo, lo haya perdido porque, con la separación patrimonial, “la suerte de los beneficiarios será la misma que habría sido sin la muerte del deudor”<sup>32</sup>.

Este efecto no se expresa claramente, sino que se colige de la redacción del texto legal: “El legatario que obtuviere anotación preventiva será preferido a los acreedores del heredero que haya aceptado la herencia sin beneficio de inventario” (art. 50 LH). Este precepto concuerda con la norma de que cuando el heredero solicita el beneficio de inventario se genera la separación de patrimonios universal que también alcanza y protege los intereses del legatario: “Los acreedores particulares del heredero no podrán mezclarse en las operaciones de la herencia aceptada por este a beneficio de inventario hasta que sean pagados los acreedores de la misma y los legatarios; pero podrán pedir la retención o embargo del remanente que pueda resultar a favor del heredero” (art. 1034 CC)<sup>33</sup>.

Este régimen concordado de la Ley Hipotecaria y del Código Civil se ha mantenido intacto en todas las sucesivas reformas de ambas leyes. Según GETE-ALONSO, “consecuencia de ello es pensar que, si bien el Código Civil vigente no recoge el beneficio de separación de patrimonios en favor de los legatarios, ni uno más limitado, sí que existe este a través, precisamente, de la vía de la anotación preventiva”<sup>34</sup>.

(2) El ejercicio del derecho de anotación conforma una “preferencia” absoluta sobre los bienes de la herencia, con tratamiento diferenciado según se trate de (a) los acreedores y adquirentes del heredero (art. 50 LH), o (b) los propios legatarios (art. 51 LH).

(a) Artículo 50 LH: “El legatario que obtuviere anotación preventiva, será preferido a los acreedores del heredero que haya aceptado la herencia sin beneficio de inventario y a cualquiera otro que, con posterioridad a dicha anotación, adquiera algún derecho sobre los bienes anotados; pero entendiéndose que esta preferencia es solamente en cuanto al importe de dichos bienes”.

A pesar de que se refiere a la eficacia general de toda anotación, tiene distinto alcance según se trate de los acreedores o de los adquirentes del heredero:

32 GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español II*, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial, Madrid, 1852, p. 248.

33 Ambas disposiciones acogen, en su respectivo ámbito, la regulación que el proyecto de Código Civil de 1851 establecía sobre “el inventario y la separación de bienes a petición de los acreedores y legatarios” antes citado y recogido (arts. 871 a 877 Proyecto CC-1851).

34 GETE-ALONSO, M. C.: “Las garantías”, cit., p. 349.

- Respecto de todos los acreedores del heredero, pero que no lo eran del causante, el ejercicio del derecho de separación provoca una preferencia en el cobro al evitar la confusión patrimonial, sin que sea procedente, por tanto, establecer ninguna gradación en concurrencia con los acreedores del heredero que no haya aceptado a beneficio de inventario (art. 1034 CC). Cuando el heredero esté sometido a un procedimiento de ejecución universal (concurso de acreedores), la anotación preventiva del legado permite al legatario tener preferencia de cobro respecto a los acreedores propios del heredero; sin embargo, si está sujeto a un procedimiento de ejecución particular, la anotación preventiva sobre el bien hereditario que se pretenda ejecutar no impide que el bien salga a subasta: "Los bienes inmuebles o derechos reales anotados podrán ser enajenados o gravados, pero sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación" (art. 71 LH).

- Respecto de los adquirentes del heredero, la preferencia deriva de la oponibilidad de la anotación para los posteriores; la anotación preventiva garantiza al legatario que el bien anotado, aun cuando cambie de titular, es decir, frente al adquirente del heredero, continúa afecto al pago del legado. El precepto no menciona los adquirentes anteriores a la anotación porque su tratamiento se recoge en los artículos 48 y 49 LH conforme a los cuales, según lo señalado, en el mencionado período de 180 días (y hasta su anotación) el adquirente está sujeto "a responder a los legatarios en lo que alcanzaren los bienes inmuebles que pertenecían a la herencia" (Exposición de Motivos LH); se impide la inscripción del heredero en ese plazo y, consecuentemente, también la de sus adquirentes. De esta manera, en el momento de realizarse la anotación, los adquirentes anteriores ya quedan afectados por la reserva de rango hipotecario. Por ello, ahora el artículo 50 LH solo se refiere a los posteriores.

(b) Artículo 51 LH: "La anotación preventiva dará preferencia, en cuanto al importe de los bienes anotados, a los legatarios que hayan hecho uso de su derecho dentro de los 180 días señalados en el artículo 48, sobre los que no lo hicieron del suyo en el mismo término. Los que dentro de este la hayan realizado, no tendrán preferencia entre sí, sin perjuicio de la que corresponda al legatario de especie o a cualquiera otro, respecto de los demás, con arreglo a la legislación civil, tanto en ese caso como en el de no haber pedido su anotación".

El precepto se aplica en el supuesto en que el heredero acepta bien a beneficio de inventario habiendo suficientes bienes para pagar todas las cargas, o bien pura y simplemente sin estar inmerso en un concurso de acreedores, y los legatarios de género o cantidad que solicitan la anotación sobre un bien inmueble concreto para hacer efectivos sus derechos (art. 48 LH) concurren con los legatarios de género o cantidad que no lo solicitan (art. 52 LH). Respecto del conjunto de los legatarios concurrentes en la herencia, la norma dispone una doble regla: la preferencia de los

legatarios anotadores sobre bien anotado, y el derecho de separación colectiva que compete a los legatarios:

- El primer párrafo dispone que, sobre el bien anotado, el legatario tiene preferencia singular por el principio de especialidad; entre los legatarios no opera la separación patrimonial<sup>35</sup>.

- El segundo párrafo establece que, materializada la separación colectiva (art. 50 LH), entre los legatarios ya no existe nueva separación. Ahora bien, esta segunda norma, a su vez, diferencia dos tipos de situaciones: la de los legatarios que han ejercitado su derecho de anotación, y la de los legatarios en general, sin tener en cuenta la anotación. Esta disquisición responde a la distinta situación de: por un lado, una concurrencia de créditos de los legatarios respecto de todos los bienes de la herencia cuando, por ser la herencia deficitaria, no alcanzan para cubrir todos los legados (art. 887 CC), en cuyo caso es preciso establecer un orden en los pagos; y, por otro, la concurrencia sobre algún bien inmueble concreto de la herencia, es decir, sobre los bienes anotados (art. 51 LH), en cuyo caso, sin alterar lo anterior, la norma resuelve la concurrencia de legatarios sobre un bien concreto anotado.

De esta manera, este segundo párrafo enfatiza que la anotación preventiva otorga garantía con plena eficacia frente al heredero y acreedores o adquirentes del heredero; pero no entre los legatarios cuando lo que se discute no es el bien anotado, sino el orden de los pagos, que se resolverá conforme a la normativa sustantiva. Así, se elimina la prioridad registral entre los legatarios anotadores en el plazo legal, con independencia de la fecha de anotación; y entra en juego la norma sustantiva para ordenar los legados porque, en definitiva, estos tienen el mismo origen. En cualquier caso, la virtualidad de este orden no aparta en su aplicación la preferencia derivada de la anotación preventiva si el objeto en cuestión es un bien inmueble anotado.

Por tanto, si la herencia es deficitaria, “tanto en el caso de haber obtenido anotación preventiva como en el caso de no haberla pedido”, el orden de los pagos (por concurrencia creditual) se realizará conforme al artículo 887 CC: “Si los bienes de la herencia no alcanzaren para cubrir todos los legados, el pago se hará en el orden siguiente: 1.º Los legados remuneratorios. 2.º Los legados de cosa cierta y determinada, que forme parte del caudal hereditario. 3.º Los legados que el testador haya declarado preferentes. 4.º Los de alimentos. 5.º Los de educación. 6.º Los demás a prorrata”. Luego, en cada nivel o grupo, para establecer la preferencia en el bien inmueble concreto anotado, se verificará si ha habido anotación o no, sobre qué

35 Concuera con la disposición del artículo 54 LH: “La anotación pedida fuera de término podrá hacerse sobre bienes anotados dentro de él a favor de otro legatario, siempre que subsistan en poder del heredero; pero el legatario que la obtuviere no cobrará su legado sino en cuanto alcanzare el importe de los bienes, después de satisfechos los que dentro del término hicieron su anotación”.

bien inmueble de la herencia, y cuándo se ha hecho la anotación; esta preferencia no tendrá efectos cuando todos hayan obtenido anotación sobre el mismo bien dentro del plazo uniforme de 180 días<sup>36</sup>.

Ciertamente, el artículo 51 LH no tiene por finalidad alterar la regla del artículo 887 CC por los siguientes motivos<sup>37</sup>:

(a) El propósito de la anotación preventiva de legado es proteger los derechos de los legatarios en su conflicto, no con otros legatarios concurrentes, sino respecto de los demás terceros para la preferencia en el cobro; lo que no pretende es alterar el orden de prelación de cobro de los legados. No se hallan en juego ni la seguridad del tráfico jurídico, ni la necesidad de proteger a los legatarios de otros legatarios que, además, de acuerdo con la legislación civil, tienen un derecho preferente.

(b) Si el legatario que ha anotado preventivamente dentro de ese plazo de ciento ochenta días tuviera preferencia sobre los que no lo han hecho, se alteraría el artículo 887 CC y, además, se corrompería uno de los principios básicos de la regulación sucesoria: la voluntad del causante es ley suprema (con las limitaciones de la sucesión forzosa). No hay razones (ni de seguridad, ni de protección) para descomponer este principio por el solo hecho de anotar preventivamente un derecho sobre todo.

(c) La aplicación del artículo 887 CC no puede limitarse únicamente a los casos en que todos los legatarios genéricos (o ninguno) hayan anotado (o no) su derecho. Puede alegarse que por el principio de posterioridad (aunque la regla prevista provenga de la LH-1861, la LH-1946 vigente es posterior al CC-1889) se ha alterado el orden de preferencia entre legatarios, pero ello no concuerda con lo recogido luego por los sistemas civiles autonómicos sobre prelación entre legatarios: la ley aragonesa (art. 480 Decreto Legislativo 1/2011) establece una regla sustancialmente idéntica a la prevista en el artículo 887 CC.

Una interpretación diferente es la que procuran ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL<sup>38</sup> al entender que el precepto codificado y las preferencias entre legatarios previstas en la Ley Hipotecaria juegan en casos diferentes: el artículo 887 CC solo es de aplicación cuando el patrimonio del causante no sea suficiente para pagar todos los legados, y en cambio el artículo 51 LH lo es cuando no fuera posible satisfacer

36 Esta solución aparecía expresada en el artículo 875.1 del Proyecto de CC de 1851 cuando, al regular los efectos de la separación, aludía a que "los acreedores y legatarios que la obtuvieren excluyen en los bienes hereditarios a los acreedores del heredero; pero no cobrarán sino lo que habrían cobrado si todos los acreedores y legatarios hubieren pedido la separación"; GARCÍA GOYENA comentaba que "es precisamente el objeto del inventario y la separación; pero ni es ni puede ser la exclusión de los de su misma clase; estos no serán pagados porque no usaron del beneficio".

37 GRIMALT SERVERA, P.: *Los legados pecuniarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 137-138.

38 ROCA SASTRE, R. M<sup>o</sup>, y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho Hipotecario*, cit., p. 531.

todos los legados a consecuencia de enajenaciones efectuadas por el heredero; sostienen esta postura desde el presupuesto de que la anotación tiene como finalidad evitar que los legados queden frustrados por las dilapidaciones o fraudes de un heredero poco respetuoso a la memoria de su favorecedor (en este sentido la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861). Esa voluntad protectora del legislador es indudable respecto a terceros adquirentes, pero se antoja más razonable, según lo expuesto, mantener el régimen codificado en la concurrencia con otros legatarios, porque la insuficiencia del caudal relicto puede provenir, no solo de actitudes negligentes o dolosas del heredero, sino también de causas fortuitas; además, la norma del código habrá de aplicarse cuando, a pesar de ser suficiente el caudal relicto, luego, antes de exigir el pago (anotando en su caso todos los legados), deviene (por negligencia o caso fortuito) insuficiente para pagar todos los legados.

Precisamente por el carácter señalado, la anotación preventiva del legado no otorga ninguna plenitud de rango:

(a) El legatario que obtiene la anotación “dentro” de los ciento ochenta días siguientes a la apertura de la sucesión goza de preferencia: frente a los acreedores del heredero que haya aceptado la herencia sin beneficio de inventario; frente a cualquier otro acreedor que, con posterioridad a dicha anotación, adquiera algún derecho sobre los bienes anotados; frente a los legatarios que no hayan hecho uso de su derecho. Pero, en cambio, los legatarios anotantes, cualquiera que sea la fecha de su anotación (aun realizada dentro del término mencionado), por razón de la anotación no gozan de preferencia entre sí (sin perjuicio de la correspondiente por la naturaleza del legado).

(b) Los legatarios que anotan su derecho “después” de los ciento ochenta días no obtienen preferencia sobre los demás legatarios, aunque estos hayan omitido dicha formalidad, y no logran otra ventaja que la de ser antepuestos para el cobro de su legado a cualquier acreedor del heredero que con posterioridad adquiera algún derecho sobre los bienes anotados, conforme a lo que a continuación se expone.

### 3. La anotación realizada fuera del plazo legal

Efectivamente, la alusión al plazo de 180 días para solicitar la anotación preventiva no significa que no puede pedirse y practicarse después, aunque solo sobre los bienes inmuebles que subsistan en poder del heredero. Superado aquel término desde la muerte del *de cuius*, los legatarios que no lo sean de especie (es decir, los de género o de cantidad) aún pueden realizar la anotación preventiva conforme a los artículos 52 a 54 LH. Esta anotación puede solicitarse, por razones técnicas, hasta

dos meses después de la fecha en que pueda ser exigido el pago del legado (cfr. arts. 87 y 98 LH, y 153 RH)<sup>39</sup>.

En cualquier caso, como se ha señalado, el alcance de esta anotación tiene una demarcación más restringida de objeto e intensidad:

(1) En el primer aspecto, desaparece el derecho a pedir la separación (preferencia) sobre todos los bienes de la herencia, cualquiera que sea su titular, si bien los legatarios siempre son preferentes sobre los acreedores del heredero cuando se trate de satisfacer sus respectivos derechos sobre el patrimonio proveniente del causante; además, el ámbito objetivo se circunscribe a los bienes de la herencia que subsistan en poder del heredero (arts. 52 a 54 LH); aún más, la anotación preventiva no afectará a los terceros que hubieran adquirido del heredero antes de dicha anotación preventiva, aunque no inscriban su derecho en el registro de la propiedad (es decir, incluso si el heredero aparece como titular registral) porque se dice textualmente que la anotación preventiva no surtirá efecto contra el que haya “adquirido” o “inscrito” algún derecho sobre los bienes hereditarios.

(2) En el segundo aspecto, el tratamiento jurídico diverge, aquí también, según se trate de adquirentes y acreedores del heredero, o el resto de legatarios:

(a) En relación a los adquirentes y acreedores del heredero:

- Cuando sean “anteriores” a la anotación, el legatario anotante no tiene ninguna preferencia sobre los legatarios que anotaron su derecho, ni sobre los acreedores de un derecho real; en consecuencia, sobre el bien anotado puede producirse concurrencia que se resuelve reservando el importe de lo que restare de haber pagado a los acreedores reales anteriores (art. 54 LH).

- Si son “posteriores” a la anotación, el legatario anotante, por un lado, en relación a los “adquirentes” tendrá prioridad registral sobre los bienes concretos que subsistan en poder del heredero; y por otro, en relación a los “acreedores” personales del heredero, conforme al debe atender al carácter de estos (art. 53 LH *in fine*), de modo que, si es un acreedor simple, el legatario tiene preferencia sobre el bien anotado, y si es un acreedor de derecho real (acreedor que adquiere algún derecho sobre los bienes anotados, es decir, acreedores de un derecho de garantía inmobiliaria), la preferencia será en función de la prioridad registral.

39 GETE-ALONSO, M. C.: “Las garantías”, cit., p. 352, relacionando el artículo 87 LH (se dispone que la anotación preventiva a favor del legatario que no lo sea de especie, caducará al año de su fecha, aunque si el legado no fuera exigible a los diez meses, subsistirá la anotación hasta dos meses después de la fecha en que pueda exigirse), el artículo 98 LH (dispone que los legados no legitimarios que no hayan sido anotados preventivamente dentro del plazo legal, no tendrán la consideración de gravámenes a los efectos de esta Ley) y el artículo 153 RH (considera exigible el legado para los efectos del art. 87 LH desde que pueda legalmente demandarse en juicio su inmediato pago o entrega). En cambio, ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho Hipotecario*, cit., p. 520, entienden que si el legado es exigible no cabe la anotación preventiva.

(b) En relación al resto de legatarios: expresamente se dispone que el legatario anotante no obtiene por ello preferencia alguna sobre los demás legatarios que omitan esta formalidad (art. 53.1 LH). De esta manera, la concurrencia creditual sobre un mismo bien se resuelve igualitariamente sin que el anotante pueda invocar ninguna preferencia sobre el bien anotado. En todo caso, como se ha indicado antes, la Ley Hipotecaria no modifica el régimen de preferencias establecidas en el Código Civil, de modo que esta regla solo será aplicable cuando dos legatarios concurren a un mismo bien para cobrar sus legados, siempre que el caudal hereditario sea suficiente para pagar todos los legados, porque en caso contrario se someten al artículo 887 CC, con independencia de quien haya inscrito o no en el plazo marcado en el artículo 48 LH.

#### 4. La vigencia y efectos generales de la anotación preventiva

La peculiaridad esencial de la garantía obtenida mediante la anotación es su temporalidad o transitoriedad. Ello se deriva de la propia naturaleza del derecho protegido y del mecanismo de defensa: el legado no específico, por su falta de concreción, se encuentra en una situación transitoria; y la anotación preventiva, como garantía específica de cobro, tiene un alcance temporal limitado. Es por ello que, además, respecto de la regla general de las anotaciones (cuatro años: art. 86 LH), se dispone un plazo especial: “La anotación preventiva a favor del legatario que no lo sea de especie, caducará al año de su fecha” (art. 87.1 LH)<sup>40</sup>.

El momento desde el que el legado es exigible viene reglamentariamente determinado: cuando pueda legalmente demandarse en juicio su inmediato pago o entrega, o en su caso la primera pensión o renta (art. 153 RH). Conforme a la “regla general”, la anotación caduca a los dos meses siguientes: “Si el legado no fuere exigible a los diez meses, se considerará subsistente la anotación hasta dos meses después de la fecha en que pueda exigirse” (art. 87.2 LH); se trata de una especie de prórroga legal de la anotación preventiva para mantener su vigencia todo el tiempo que reste hasta que el pago del legado sea exigible.

El principal efecto que produce la anotación preventiva se concreta en su función de reserva de rango registral. En el caso de que la anotación se realice en el plazo de los 180 días, la hipoteca tiene efectos de prioridad desde la apertura de la sucesión. En su caso, la inscripción de hipoteca surte efectos desde la anotación (arts. 90.2 a contrario y 91 LH).

<sup>40</sup> Exposición de Motivos de la Ley: “Este derecho no debe ser ilimitado; sólo debe durar el tiempo que los legatarios no tengan expedida la facultad de reclamar con éxito la cosa legada”.

## 5. La ampliación de la anotación

La ampliación de la anotación se equipara en su régimen a la anotación fuera de plazo: "Si antes de extinguirse la anotación preventiva resultare ser insuficiente para la seguridad del legado, por razón de las cargas o condiciones especiales de los bienes sobre que recaiga, podrá pedir el legatario que se constituya otra sobre bienes diferentes, siempre que los haya en la herencia susceptibles de ser anotados" (art. 87.3 LH).

El carácter "suficiente" es una característica general a cualquier garantía del legatario. Si los bienes gravados no fueran suficientes para garantizar el pago de la pensión, y ya hubiera transcurrido el plazo para solicitar nuevas anotaciones (si no hubiera transcurrido el plazo para solicitar nuevas anotaciones sería procedente la aplicación del art. 87.3 LH), el legatario podrá solicitar la extensión de la hipoteca a otros bienes de la herencia, aunque la hipoteca sobre estos bienes solo tendrá efectos desde la fecha de su inscripción (arts. 90 y 91 LH). Este complemento es uno de los perfiles que la Ley Hipotecaria establece para las hipotecas legales (art. 163 LH). Se limitará a "otros bienes de la herencia" (art. 91 LH), sobreentendiendo que se refiere a los adjudicados al gravado y mientras permanezcan en su poder al momento de la solicitud de ampliación.

La última enunciación de los "bienes diferentes" equivale a la locución delimitadora del régimen de los artículos 52 a 54 LH recién comentado: "bienes de la herencia que subsistan en poder del heredero". Concretamente, la Exposición de Motivos de la ley razona tal medida de este modo: "Pero como sucede a veces que antes de extinguirse la anotación se haga ineficaz, porque aparezca, o bien que la cosa anotada no era hereditaria, o bien que estaba gravada con otras cargas que antes se ignoraban, o por cualquiera otro motivo, pero dando siempre por resultado que deje de ser una verdadera garantía, de aquí que para no eludir el derecho de hipoteca que nuestras leyes actuales conceden al legatario, se le dé facultad para exigir que constituya la anotación sobre otros bienes de la herencia que puedan admitir el gravamen a que se los sujeta".

## 6. El legado de prestaciones periódicas: conversión de la anotación en hipoteca

Después de fijarse la regla general de vigencia, se establece una "regla especial" para las prestaciones de tracto sucesivo (prestaciones periódicas reguladas en los arts. 879 y 880 CC)<sup>41</sup>: la "conversión de la anotación preventiva en inscripción de hipoteca". El artículo 88 LH dispone un régimen diverso según se trate de renta o pensión periódica (temporal o vitalicia) impuesta por el testador determinadamente

41 No solo el legado de simple prestación periódica de dinero, sino también la prestación de educación y de alimentos como deuda de valor (el dinero representa el valor de los alimentos): ver SERRANO GARCÍA, J.A.: *Los legados de educación y de alimentos en el Código Civil*, Tecnos, Madrid, 1994.



a cargo de alguno de los herederos o de otros legatarios declarando personal esta obligación, o sin declararla personal:

(1) Con carácter personal: la anotación preventiva garantiza que el heredero o gravado no sustraiga bienes que hagan imposible el cumplimiento de la obligación para que el legado se pague con bienes de la herencia. La Exposición de Motivos de la ley aclaraba que, “si el testador declara su voluntad de que esta obligación sea personal, no habrá sin duda derecho en el agraciado para exigir ninguna otra garantía”; al margen de la garantía general de todo legatario no específico, una vez transcurrido el plazo o caducada la anotación, no puede compelerse al gravado a constituir otra garantía. El derecho que tiene todo legatario de pensión para solicitar como garantía la hipoteca especial será posible, salvo que el testador establezca lo contrario: es preciso que el causante no haya declarado, ni expresa ni tácitamente, que la obligación de pagar la renta o pensión sea meramente personal u obligacional; tal declaración es explícita cuando el causante dispone en su acto de última voluntad que no exige al heredero que constituya garantía real para la seguridad del legado de renta<sup>42</sup>.

(2) Sin carácter personal: la obligación periódica “de carácter real” (no personal pura) concede al legatario la posibilidad de constituir una hipoteca legal expresa. La ley dispone que “el legatario de rentas o pensiones periódicas impuestas por el testador determinadamente a cargo de alguno de los herederos o de otros legatarios, sin declarar personal esta obligación, tendrá derecho... a exigir que la anotación preventiva que oportunamente hubiere constituido de su derecho se convierta en inscripción de hipoteca” (art. 88 LH)<sup>43</sup>; se completa con la ya aludida norma que dispone lo siguiente: “el pensionista que no hubiera obtenido anotación preventiva podrá exigir también en cualquier tiempo la constitución de hipoteca en garantía de su derecho sobre los bienes de la herencia que subsistan en poder del heredero o se hayan adjudicado al heredero o legatario gravado, con sujeción a lo dispuesto en el artículo anterior. La inscripción de la hipoteca, en este caso, no surtirá efecto sino desde su fecha” (art. 90 LH). Se refiere a los casos en los que el testador ha dispuesto un legado de renta o pensión, sin constituirlo como un derecho real, en cuyo caso sería inscribible por su propio carácter real, pero sin especificar tampoco que se trata de un derecho meramente personal. De esta forma, cuando el testador no configure la pensión o la renta como un derecho real, y además no prohíba en el testamento que el legatario pueda ejercitar los derechos

42 STS 11 marzo 1911 (JC 1911, núm. 104): cuando el testador releva al heredero de prestar garantía, no puede el legatario de rentas o pensiones exigir esta anotación.

43 La RDGRN 21 diciembre 1943 (BOE 19 enero 1944) señala el carácter simplemente obligacional del derecho a la prestación periódica: “al estudiar la anotación preventiva de legado, cuando se trata de rentas o pensiones periódicas impuestas por el testador a cargo de herederos u otros legatarios, pero sin declarar personal esta obligación, concreta el derecho del legatario favorecido en la posibilidad de que convierta en inscripción hipotecaria su anterior anotación, consignando con perfecta claridad y visión exacta el verdadero matiz y la propia naturaleza que encierran esas pensiones periódicas”.

que la ley hipotecaria le confiere, el pensionista podrá solicitar la constitución de una hipoteca legal a su favor; si el testador directamente prevé la constitución de una hipoteca a favor del legatario (medida conveniente a tomar), entonces será de aplicación, no este régimen, sino el artículo 47 LH. De esta manera, al legado de pensión pueden acompañarle determinadas garantías, según la disposición del causante; en todo caso, si el propio *de cuius* es el que dispone el establecimiento de una determinada garantía para el aseguramiento de la pensión, si por la causa que sea, tal garantía después de haberse constituido no resulta suficiente, los herederos no están obligados a aumentarla para que vuelva a cubrir la pensión enteramente<sup>44</sup>.

(a) En el caso de que el legatario de pensión periódica de carácter real hubiere obtenido anotación preventiva, el mecanismo se configura como conversión de la anotación preventiva ya efectuada en inscripción (de hipoteca). Para que sea posible esta mutación, es necesario que la solicitud se realice mientras subsista la anotación (art. 88 LH), es decir, en tanto no se haya extinguido (conforme al art. 87 LH: dentro del plazo, en principio, de un año). En el caso de que el legatario haya anotado preventivamente su derecho, la ley viabiliza que se constituya hipoteca voluntaria sobre los bienes anotados para quedar protegido frente a posibles transmisiones a terceros (art. 71 LH); una vez que haya transcurrido el plazo para solicitar la anotación, se podrá solicitar la constitución de la hipoteca cuando al heredero le queden bienes de la herencia. En definitiva, tiene la función de obtener la reserva de rango hipotecario para, posteriormente, transformarse en inscripción de hipoteca con la finalidad de dar una mayor seguridad al legatario.

Desde la perspectiva subjetiva, se puede discutir si la referencia a que “alguno de los herederos” haya sido gravado por el testador con el legado alcanza al supuesto en que, no alguno, sino todos los herederos hayan sido gravados con el legado de pensión. Parece prudente defender que ello sea posible; otra cosa es que jurídica y económicamente sea más o menos razonable que el legatario grave todos los bienes inmuebles de la herencia cuando tal garantía se antoja excesiva para el pago del legado. En la práctica, el equilibrio de intereses aconseja acordar los bienes de la herencia que sean suficientes para garantizar la pensión; y, en caso de discrepancia, el derecho del legatario a gravar todos los bienes de la herencia deberá ser aquilatado por el juez.

44 STS 16 diciembre 1911 (R), t. 122-3): “Dados los términos de la cláusula 4.ª del testamento, y en relación con ella los de la escritura otorgada por los albaceas, aparece evidente: 1º Que la voluntad de la testadora fue la de que su criada recibiese íntegramente, mientras viviese, la pensión de dos pesetas diarias. 2º Que los títulos que se depositaron en el Banco de España a nombre del señor Obispo de Madrid, lo fueron para garantizar el cumplimiento de dicha obligación, así como la de la distribución en su día de las expresadas dos pesetas entre familias pobres, como se consigna claramente en la referida escritura. Esto sentado, es indudable que las alteraciones que haya sufrido y pueda sufrir el capital de garantía absolutamente en nada afectan a la integridad de la obligación, o sea al pago del legado de las dos pesetas, porque establecida únicamente para la seguridad de éste, de dicha seguridad, mayor o menor, no depende la existencia del derecho que aquélla entraña, perfectamente exigible, aun sin la garantía, a los obligados a su cumplimiento, que no son otros que los herederos, únicos que a su vez podrían reclamar en su caso el capital de la garantía cuando desapareciese su objeto”.

En el ámbito objetivo, recae sobre los mismos bienes que fueron objeto de anotación, aunque con las siguientes determinaciones: la conversión se materializa siempre que los bienes anotados se le adjudiquen al gravado; si no, la hipoteca recaerá sobre cualesquiera otros inmuebles de la herencia que se le adjudiquen al gravado. Así, en virtud del artículo 89 LH, el heredero o legatario gravado tendrá que constituir la hipoteca a favor del legatario favorecido con el legado de pensión sobre los mismos bienes que fueron anotados preventivamente, si se le adjudicaron esos bienes; en cambio, si no se le adjudicaron, la hipoteca se constituirá sobre los bienes inmuebles de la herencia que realmente se le adjudicaron. En este segundo supuesto, “la elección corresponderá, en todo caso, a dicho heredero o legatario gravado, y el pensionista deberá admitir la hipoteca que aquél le ofrezca, siempre que sea bastante y la imponga sobre bienes procedentes de la herencia” (art. 89.2 LH). En definitiva, el heredero o el legatario gravado con un legado de pensión o de renta no declarado personal, podrá optar entre constituir la hipoteca sobre los bienes anotados o sobre otros bienes de la herencia que le hubieren sido adjudicados; las únicas exigencias que prevé el precepto es que sean bienes suficientes o bastantes para garantizar los derechos del pensionista, y que aquella se imponga sobre bienes procedentes de la herencia. El pensionista debe admitir la hipoteca que haya propuesto el gravado, siempre que concurren las citadas exigencias.

Este régimen de los artículos 88 y 89 LH es una concesión especial para los legados de pensión porque, al ser de tracto sucesivo, necesitan de una garantía permanente que no se logra con la simple anotación preventiva<sup>45</sup>. Por tanto, a petición del legatario, la anotación puede convertirse en inscripción de hipoteca, constituida sobre cualquier bien inmueble de la herencia que quiera el gravado, de los que le hayan sido adjudicados, y sea bastante para garantizar el derecho del legatario; así, en caso de impago de las prestaciones periódicas, el legatario puede promover su venta en pública subasta. Precisamente, además, para evitar que el gravado eluda su responsabilidad pidiendo que se le adjudique cualquier bien que no sea inmueble y se produzcan así fraudes en la partición, se permite que el legatario acuda a la partición de los bienes del causante (art. 1057 CC).

(b) En el caso de que el legatario de pensión periódica de carácter real no hubiere obtenido anotación preventiva, también puede solicitar la constitución de hipoteca. La Exposición de Motivos de la ley señala que “la garantía de la anotación preventiva, que por regla general basta a los legatarios, no sería suficiente en aquellos casos en que la obligación de la persona gravada no se pueda extinguir entregando la cosa, o la especie legada, sino que es de tracto sucesivo, y, por lo tanto, necesita una seguridad más permanente que la transitoria de la anotación. A esta clase de

45 La Exposición de Motivos de la ley lo justifica por la insuficiente garantía que representa la anotación preventiva en los casos en que la obligación de la persona gravada no se pueda extinguir entregando la cosa o especie legada, sino que es de tracto sucesivo, pues necesita de una seguridad más permanente que la transitoria de la anotación preventiva.

legados pertenecen los que consisten en pensiones o rentas periódicas impuestas por el testador a cargo de alguno de los herederos o legatarios. Si el testador declara su voluntad de que esta obligación sea personal no habrá, sin duda, derecho en el agraciado para exigir ninguna otra garantía. Si el causante guardó silencio es justo que la anotación que pudo obtener el legatario dentro del plazo de los ciento ochenta días se convierta en el derecho de obtener una hipoteca, bien sobre los mismos bienes anotados, o bien sobre otros adjudicados al que haya de pagar la pensión, y que esto tenga lugar, tanto respecto al que obtuvo anotación preventiva, como al que teniendo derecho a obtenerla fue menos exigente con el heredero o con el legatario, si bien en este último caso sólo debe surtir efecto la anotación desde su fecha”.

En consecuencia, el legatario de pensión puede pedir directamente la inscripción de hipoteca sin acudir previamente a la anotación preventiva: “el pensionista que no hubiere obtenido anotación preventiva podrá exigir también en cualquier tiempo la constitución de hipoteca en garantía de su derecho sobre los bienes de la herencia que subsistan en poder del heredero o se hayan adjudicado al heredero o legatario gravado, con sujeción a lo dispuesto en el artículo anterior” (art. 90.1 LH).

- Puede exigir la constitución de la hipoteca una vez que el legado sea exigible. La referencia temporal indeterminada (cualquier tiempo) queda, en todo caso, encuadrada por la subsistencia de los bienes en la herencia (aún no se ha practicado la partición) o por su adjudicación al heredero o legatario gravado; y por la exigibilidad porque, si no, la anotación preventiva no sería operativa: si la hipoteca puede solicitarse antes de la exigibilidad, no tendría sentido otorgar la menor garantía que ofrece la anotación preventiva.

- La hipoteca tiene eficacia solo desde su inscripción (art. 90.2 LH); al no hacer anotación previa, rige la prioridad registral desde tal fecha (art. 17 LH). También en el caso de que la anotación haya caducado: la inscripción de hipoteca solo producirá efectos desde su fecha porque, en realidad, en ese momento no hay (no existe a efectos jurídicos) una anotación previa.

Los efectos de la constitución de la hipoteca no alterarán el régimen de preferencias entre acreedores del causante y legatarios, aunque sí afectarán a terceros adquirentes del bien hipotecado. Cuando la inscripción de hipoteca proviene de anotación preventiva vigente, los efectos se retrotraen a la fecha de la anotación (función de reserva de rango registral), siempre que la hipoteca no se haya ampliado a otros bienes diferentes de los anotados, pues en tal caso surtirá efectos desde la inscripción; de modo que, téngase en cuenta, si la anotación se practica dentro del plazo de los ciento ochenta días, se considera que la hipoteca existe desde la muerte del *de cuius*.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

AA. VV.: *Derecho Foral de Navarra. Derecho Privado (Recopilación Privada)*, Diputación Foral de Navarra, Pamplona, 1971.

ALFONSO RODRÍGUEZ, M. E.: "Artículos 42 a 103 de Ley Hipotecaria", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo VII – Vol 5º (dir. Por M. ALBALADEJO y S. ALABART), Edersa, Madrid, 2000.

ALONSO PÉREZ, M.: "Sobre el legado y sus rasgos esenciales", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo IV* (coord. A. CABANILLAS SÁNCHEZ), Civitas, Madrid, 2003, pp. 5107-5121.

CHIKOC BARREDA, N.: "La entrega de legado y la posesión civilísima", *Revista de Derecho Civil*, 2016, vol. III, núm. 1, pp. 65-106.

ESCRICHE MARTÍN, Joaquín (1874): Voz "Anotaciones Preventivas", en AA.VV.: *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia I* (edición reformada y aumentada por J.V. CARAVANTES y L. GALINDO Y DE VERA), Eduardo Cuesta, Madrid, 1874.

ESPÍN CANOVAS, D.: "Tres problemas del derecho sucesorio español", *Anales de la Universidad de Murcia*, vol XIV, núms. 3 y 4, Derecho, Curso 1955–1956; y en *Cien Estudios Jurídicos del profesor Diego Espín Cánovas (Colección seleccionada desde 1942 a 1996) II*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pp. 920–923.

GALICIA AIZPURUA, G.: "En torno al sistema de responsabilidad hereditaria del código civil (y de los Derechos civiles autonómicos)", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2017, 9 de mayo 2017.

GALINDO Y DE VERA, L., y ESCOSURA Y ESCOSURA, R. de la: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España y Ultramar II*, Imprenta de la Rifa, Madrid, 1890.

GARCÍA CANTERO, G.: "Ensayo de una clasificación de los legados, en particular en el Código civil", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 497, 1973, pp. 781-810.

GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español II*, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852.

GETE-ALONSO CALERA, M. C.: "Las garantías hipotecarias del legado", *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 80, 1981, núm. 2, pp. 327-362.

GRIMALT SERVERA, P.: *Los legados pecuniarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

MARTÍN PÉREZ, J. A.: "El legado de cosa específica y determinada, de propiedad del testador. Estudio sobre sus efectos", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo IV* (coord. A. CABANILLAS SÁNCHEZ), Civitas, Madrid, 2003, pp. 5319-5338.

MIGUEL TRAVIESAS, M.: "Legados", *Revista de Derecho Privado*, 1931, pp. 97-106, 130-147 y 177-185.

MORELL Y TERRY, J.: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria III*, Hijos de Reus, Madrid, 1917.

MOZOS TOUYA, A. M. de los: "La anotación preventiva del derecho hereditario", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1982, pp. 1423-1503.

NÚÑEZ MUÑOZ, M. C.: *El legado de parte alícuota. Su régimen jurídico*, Edijus, Madrid, 2001.

PITA BRONCANO, C. P.: *La preferencia de los acreedores del causante*, Dykinson, Madrid, 2013.

ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho Hipotecario VI*, Bosch, Barcelona, 1997 (8ª ed.).

SERRANO GARCÍA, J. A.: *Los legados de educación y de alimentos en el Código Civil*, Tecnos, Madrid, 1994.



REGÍMENES DE AMPARO Y COBERTURA DE LOS  
DESASTRES NATURALES EN EL DERECHO ESPAÑOL

*PROTECTION REGIMES AND COVERAGE OF NATURAL  
DISASTERS IN SPANISH LAW*

*Rev. Boliv. de Derecho* N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 376-415





Carlos  
RUIZ-TAGLE  
y Luis COLMAN

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 29 de marzo de 2017

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de junio de 2017

**RESUMEN:** El presente artículo tiene por objeto exponer la forma en que el Derecho español trata los desastres naturales. Dicho tratamiento nos llevará a examinar las principales fuentes de las que emana y particularmente la legislación que la recoge, la doctrina y los antecedentes jurisprudenciales que le sirven de sustento. Posteriormente nos detendremos en la manera en que el contrato de seguro enfoca este problema.

**PALABRAS CLAVE:** Desastres naturales; seguros.

**ABSTRACT:** This article aims to expose the way in which Spanish law deals with natural disasters. This treatment will lead us to examine the main sources from which emanates and particularly the legislation that collects it, the doctrine and jurisprudential antecedents that support it. We will then look at how the insurance contract addresses this problem.

**KEY WORDS:** Natural disasters, insurance.

**SUMARIO.-** I. INTRODUCCIÓN.- II. EL CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR EN EL DERECHO ESPAÑOL Y SU RELACIÓN CON LOS DESASTRES NATURALES.- 1. Fuente normativa sobre la materia.- 2. Fuente doctrinal.- A) En el ámbito de Derecho público español.- a) La Ley de expropiación forzada.- b) Ley de régimen jurídico de la administración del Estado.- c) La fuerza mayor en leyes especiales.- B) En el ámbito del Derecho privado español.- a) En relación con la responsabilidad objetiva.- b) Requisitos del caso fortuito.- c) Relación con la culpa.- d) Tramitación como sinónimo o distinción de las instituciones.- e) Compendio de la doctrina sobre el caso fortuito y fuerza mayor.- 3. Jurisprudencia sobre el caso fortuito y fuerza mayor en Derecho español.- III. COBERTURAS DE LOS CONTRATOS DE SEGUROS DE LOS DESASTRES NATURALES EN EL DERECHO ESPAÑOL.- 1. Contratos de seguros de personas en España.- 2. El Consorcio de Compensación de seguros.- 3. El Consorcio de Compensación de Seguros y la complementación.- 4. Objetivo del sistema, peligros cubiertos y pérdidas indemnizables.- A) Ampliación de las coberturas catastróficas.- B) Complemento público del Consorcio de Compensación de Seguros.- C) El Consorcio como asegurador.- D) El Consorcio como asegurador directo.- E) Funciones del Consorcio en otras coberturas.- IV CONCLUSIONES.- V. BIBLIOGRAFÍA

## I. INTRODUCCIÓN

Los desastres naturales, se caracterizan por ser imprevisibles, y provocadores de daños para el hombre. En estos casos la imprevisibilidad se identifica con la imposibilidad de advertirlos con anterioridad, o que no se puede conocer, o conjeturar por algunas señales, o indicios, lo que ha de suceder<sup>1</sup>. Se trata de instituciones que se refieren a las situaciones provocadas por los desastres naturales como acontecimientos inevitables e imprevisibles, por lo que el Derecho debe pronunciarse sobre su ocurrencia, y las circunstancias en que se verifican y particularmente si en ellas tiene o no participación el hombre. Esto nos conduce al caso fortuito y la fuerza mayor.

## II. EL CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR ESPAÑOL EN RELACIÓN CON LOS DESASTRES NATURALES

En el Derecho español el caso fortuito y la fuerza mayor constituyen instituciones presentes tanto en el derecho Público como en el Derecho Privado. Iniciaremos este trabajo examinando las manifestaciones que presenta en la normativa.

---

I DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA, Vigésima Edición, Madrid, 1996, p. 1180.

• **Carlos Ruiz-Tagle Vial**

Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Chile, Magíster en Derecho, Empresa y Justicia de la Universidad de Valencia y Doctor en Derecho de la Universidad de Los Andes. caruiz@ucn.cl

• **Luis Colman Vega**

Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica del Norte, Magíster en Derecho © con mención Derecho de la Empresa y del Trabajo por la misma casa de estudios. lcolman02@ucn.cl.

## I. Fuente normativa sobre la materia

En la Constitución, principal cuerpo normativo español, se encuentran tratado el caso fortuito y la fuerza mayor en los artículos 93, 118 y 149. Como veremos al examinar el tratamiento que le proporciona el derecho público, la carta fundamental se refiere a estas instituciones en relación con la responsabilidad de la Administración frente a los daños que afectan a los particulares.

Por otro lado, en un cuerpo normativo de tanta importancia como el Código Civil, se encuentra el tratamiento del caso fortuito y fuerza mayor en la legislación española. El artículo 1105 establece: "Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos fueran inevitables". Además del citado artículo, el Código Civil español menciona el caso fortuito en numerosas ocasiones, utilizando indistintamente expresiones como caso fortuito o fuerza mayor. En los artículos 1136, 1183, 1745 y 1836 se alude al caso fortuito. Por otra parte, en los artículos 457, 1777, 1784, y 1905 se menciona la fuerza mayor.

Incluso hay artículos en que se alude a ambas denominaciones como al tratar los contratos en particular, en los artículos 1602, 1625, 1744, 1784, etc. Del mismo modo, algunas leyes especiales se refieren a esta institución, como la ley de Ordenación de la Edificación, o en los artículos 9.3 b) y 11.2 c) de la ley 21/1995 para la regulación de los viajes combinados<sup>2</sup>. Pues bien, el concepto recogido en el artículo 1105, como sugiere CARRASCO PERERA, será el aplicable en todas aquellas ocasiones en que se aluda al caso fortuito sin incorporar una definición<sup>3</sup>.

Igualmente el caso fortuito tiene un tratamiento en diversas ramas del Derecho como en el Derecho Penal, en el Derecho Laboral<sup>4</sup>, en el ámbito del Derecho Procesal, en el Derecho Comercial (contrato de transporte) en el Derecho Administrativo la ley de expropiación forzosa, y en la ley de régimen jurídico de Administración del Estado.

En algunas de estas ramas del Derecho se pueden encontrar situaciones normativas excepcionales en lo que respecta a las instituciones estudiadas. Es el caso del concepto de fuerza mayor extraña<sup>5</sup> presente en la legislación de los

2 OLMO GUARIDO, N.: *El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones*, Aranzadi, Navarra, 2004, p. 23.

3 CARRASCO PERERA, A.: *Comentario al art. 1105 del Código Civil*. En M. ALBALADEJO, (Dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones Forales*, T. XV Vol. I, Madrid: Editorial de Derecho Reunidas SA, 1989, p. 630.

4 Véase en Derecho Laboral ORTIZ LALLANA, M.C.: *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de su cumplimiento*, MTSS, Madrid, 1985.

5 La diferencia entre la fuerza mayor externa (o extraña) y la fuerza mayor interna (propia del riesgo desplegado) radica en que la primera se caracteriza por la absoluta irresistibilidad –teórica y práctica–, mientras que la segunda se caracteriza por una irresistibilidad que opera como absoluta pero que no lo es, porque es práctica

accidentes de trabajo, para hacer referencia al efecto liberador de la fuerza mayor ajena al trabajo (art. 2 de la Ley de 1900). Con posterioridad se acogió en la disciplina reguladora de la responsabilidad civil automovilística, a partir del art. 39 de la Ley de uso y circulación de vehículos a motor; hoy integrante de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. Igualmente también la recoge la disciplina reguladora de la responsabilidad civil del cazador armado (art. 33.5 de la Ley 1/1970)<sup>6</sup>.

En razón de lo anterior, no debe sorprender que existan matices y elementos diversos en estas aplicaciones del Derecho. Lo importante es discernir en cada oportunidad lo que es propio de la fuerza mayor, y lo que constituye un común denominador con el caso fortuito. A continuación acudiremos a la doctrina española sobre esta materia para indagar los criterios dogmáticos al respecto.

## 2. Fuente doctrinal

Si la norma que establece la fuerza mayor y caso fortuito es escueta, la doctrina presenta mayor tratamiento. A continuación mostraremos algunas de las divergencias y particularmente los puntos en común, que presentan al tratar estas instituciones con tanto arraigo en la cultura jurídica española. En general, el caso fortuito y la fuerza mayor son conceptos muy vinculados entre sí. De tal forma que como indica Escriche, para definir uno se acude al otro de manera que el caso fortuito es considerado el suceso inopinado, o la fuerza mayor que no se puede prever ni resistir; tales como las inundaciones, torrentes, naufragios, incendios, rayos, violencias, sediciones populares, ruinas de edificios causados por alguna desgracia imprevista, y otros acontecimientos semejantes<sup>7</sup>.

Por su parte, la noción de fuerza mayor, a juicio del mismo autor, es mencionada como el acontecimiento que no hemos podido prever, ni resistir; como por ejemplo la caída de un rayo, el granizo, la inundación, el huracán, la irrupción del enemigo, el acometimiento de ladrones<sup>8</sup>.

Para una relación conforme a los parámetros de esta investigación, hemos tomado en cuenta la división entre Derecho público y Derecho privado, que nos permitirá identificar la actividad del Estado, y los organismos de la Administración en la primera, y a los particulares personalmente o asociados en la segunda.

---

pero no teórica, dado que, desde un punto de vista teórico, podría evitarse el acontecimiento mediante la adopción de medidas complementarias extremas de precaución.

6 Véase sobre estas normativas especiales de responsabilidad, DOMÍNGUEZ, P.: *Responsabilidad Patrimonial de la Administración por accidentes de tránsito*, Navarra, 2008; COLINA, R.: *La responsabilidad civil de los Dueños, poseedores y usuarios de animales*, Editorial Reus, Madrid, 2014; y PINTO, C.: *Responsabilidad civil derivada de los accidentes de circulación: resolución de conflictos*, Bosch, Barcelona, 2015.

7 ESCRICHE, J.: *Diccionario razonado de Legislación y jurisprudencia*. Librería de Garnier Hermanos, París, 1896, p. 434.

8 ESCRICHE J.: *Diccionario razonado de Legislación y jurisprudencia*, cit., p. 743.

## A) En el ámbito de Derecho público español

El artículo 106.2 de la Constitución española establece respecto de la materia que: "Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos". La Constitución española de 1978 establece la responsabilidad extracontractual de la Administración en sus artículos 93, 149, 18 y el mencionado 106.2. Es decir, la carta fundamental, recoge el principio de la responsabilidad de la Administración por actuaciones que dañen a los particulares en sus derechos. Como se aprecia este precepto recoge la responsabilidad administrativa como objetiva o sin culpa<sup>9</sup> se aplica a los casos de fuerza mayor. En efecto, al no exigirse el elemento de culpa o ilicitud, sino únicamente que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de un servicio público, anormal como el normal<sup>10</sup>, la Administración debe hacerse responsable de la forma indicada en los casos de caso fortuito, no así en los de fuerza mayor<sup>11</sup>.

Este precepto establece que la Administración también se tiene que responsabilizar de los daños y perjuicios que pueda causar en su actuar diario, y que ha de indemnizar los daños y perjuicios producidos en el patrimonio de los ciudadanos. Estamos en presencia de una responsabilidad extracontractual, al tener su origen y fundamento en la Constitución, ley fundamental del Estado. El particular tendrá que valerse y probar la relación de causalidad del acontecimiento que le produjo daño, que debe atribuirse a la Administración cuyos orígenes se remontan a la mitad del siglo pasado como veremos a continuación.

### a) La Ley de expropiación forzada

La ley de expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954 (en adelante LEF) construye un verdadero sistema de responsabilidad patrimonial extensible a toda la Administración Pública la que en su artículo 121.1 establecía: "Dará también lugar a indemnización toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Legislación se refiere siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo". Artículo que debía complementarse con el 122.1 que añadía: "En todo

9 Ver Sentencias de 21 de abril de 1998, 17 de marzo de 1998, 20 de enero de 1998, 20 de julio de 1996.

10 STS (Sala Tercera) de 14 de junio de 1991, 28 de junio de 1999 y 6 de marzo de 2000.

11 Ver Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1986, 20 de enero de 1984, 2 de febrero de 1988, 13 de febrero de 1990, 20 de octubre de 1997.

caso, el daño habrá de ser efectivo, evaluado económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”. Esto constituye una responsabilidad directa (sin perjuicio del derecho de repetición de la Administración hacia sus funcionarios) y sobre todo con una responsabilidad objetiva, dado que el precepto ya no gira sobre el principio de la culpa, sino que ajeno a ésta, hace responsable a la Administración ante un funcionamiento normal o anormal<sup>12</sup>.

Por otra parte, como indica Barrero “la corta vigencia de la mayoría de las disposiciones concretas que establecen la responsabilidad de la Administración en ciertos ámbitos de su actividad, la falta de un ambiente favorable a la auténtica vigencia de un principio de responsabilidad del Poder público por los daños causados a los particulares en el desarrollo de sus funciones, y la escasa permeabilidad por la jurisprudencia de las reglas consagradas en el Código Civil, permiten afirmar, en definitiva, que no es hasta la LEF cuando la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública se convierte en una realidad a nivel normativo y en un principio que progresivamente irá adquiriendo plena implantación en el ámbito de la aplicación del Derecho”<sup>13</sup>.

De esta manera el artículo 121 contribuyó de manera sustancial a incorporar al acervo del Derecho español, el concepto de la responsabilidad de la Administración. GARCÍA DE ENTERRÍA señala al respecto que constituye “la más trascendental de sus innovaciones sistemática y políticamente”<sup>14</sup>. Por su parte, LEGUINA VILLA, dice que constituye “la regulación técnicamente más progresiva que el instituto de la responsabilidad civil de los entes públicos exista hoy en el panorama del Derecho comparado”<sup>15</sup>.

#### b) Ley de régimen jurídico de la administración del Estado

Posteriormente, la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado de 1957 (LRJAE) mejoró<sup>16</sup> el sistema de responsabilidad instaurado por la LEF con el artículo 40 de la LRJAE que estipulaba: “1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa. 2. En todo caso, el daño alegado por los particulares habrá de ser efectivo, evaluable económicamente

12 Ver Sentencia Tribunal Supremo de 23 de enero, 1970 (Sala tercera de lo contencioso-administrativo).

13 BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *Fuerza Mayor y responsabilidad administrativa extracontractual*, Aranzadi, Thomson Reuters, Pamplona, 2009, p. 72.

14 GARCÍA ENTERRÍA, E.: *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, Editorial Civitas, Madrid, 1984, p. 145.

15 LEGUINA VILLA, J.: *La responsabilidad civil de la administración pública*, 2ª Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1983, p. 159.

16 GARCÍA ENTERRÍA, E.: *Los principios de la nueva ley de expropiación*, cit., pp. 179-183. La mejora o corrección correspondió a la posibilidad de excluir de la indemnización los daños corporales y morales como lo advertía este autor.

e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. En lo que respecta a nuestro estudio, el artículo 40 de la LRJAE introduce una exclusión de responsabilidad para la fuerza mayor. En efecto, se restringe dicha institución la responsabilidad extracontractual de tal manera que el caso fortuito resulta incluido. En otras palabras “De esta forma, el concepto de fuerza mayor adquiere para el Derecho Administrativo una significación y trascendencia que nunca había tenido”<sup>17</sup>.

Luego, la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración se encontró principalmente recogida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En ese sentido, indica el derogado artículo 139. 1 que “los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por la Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”<sup>18</sup>. Ho, los principios generales de responsabilidad administrativa se desarrollaban en el artículo 139 de la LRJPAC que recogía los avances anteriores “2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. 3. Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos. 4. La responsabilidad patrimonial del estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

La ley 30/1992 fue sustituida por las leyes 39/ 2015, relativa al Procedimiento Administrativo común de las administraciones (También LPACA) y 40/2015, que fija el régimen jurídico del sector público (de aquí en más LRJSP). Pese a que el mayor desarrollo existente sobre la materia se encuentra fijado en la LRJSP, la LPACA posee la innegable virtud de asentar las bases – procesales en este caso – de la teoría objetiva de la responsabilidad. En efecto, el art. 91 de dicho cuerpo normativo, que se encarga de tratar el contenido especial que debe tener la resolución que pone fin a los procedimientos que versen sobre responsabilidad patrimonial se refiere a la objetividad que caracteriza este tipo de eventos. Esto queda de manifiesto al revisar el numeral 2º de dicha norma, el que reza en su parte pertinente que “[A]demás de lo previsto en el artículo 88, en los casos de procedimientos de responsabilidad patrimonial, será necesario que la

17 BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *Fuerza mayor y responsabilidad administrativa*, cit., p. 74.

18 Esta fue derogada con efectos de 2 de octubre de 2016 por la disposición derogatoria única 2.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

resolución se pronuncie sobre la existencia o no de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado, la cuantía y el modo de la indemnización (...).”

Como puede apreciarse de la norma transcrita *supra*, se eleva al estándar de esencial dentro del contenido de la resolución que busca poner término a un procedimiento administrativo de índole patrimonial, la identificación del nexo causal, sin hacer alusión alguna a la presencia de culpa o dolo de por medio en la actuación del ente administrativo, lo que nos permite concluir, al atender a la exigencia contenida en el art. 35 letra h), que estos elementos de la responsabilidad común no son requisitos que el legislador ha considerado para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial administrativa.

Por su parte, esta conclusión se ve fortalecida al revisar la LRJSP, legislación que le destina todo un capítulo al tratamiento del problema de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, y que particularmente adopta una regla general de responsabilidad en su art. 32.I, el que viene a consagrar lo ya dispuesto en el art. 139.I de la antigua LRJPAC, al fijar como inocua la distinción entre funcionamiento normal o anormal de la administración, y al excluir de responsabilidad los casos generados por fuerza mayor. Empero, es dable resaltar una incorporación innovativa en la norma de la LRJSP; excluye de responsabilidad también todos aquellos casos en que por un deber jurídico el particular deba soportar el daño de acuerdo a la ley.

Por tanto, como corolario puede adelantarse que la objetividad puede caracterizarse como general, debido a que no queda restringidas a determinados campos de actuación, sino que se extiende a cualquier situación en que el daño o lesión se produzca como consecuencia del funcionamiento de un servicio público<sup>19</sup>. Desde la Ley de expropiación Forzada en adelante el Derecho español relativo a la responsabilidad de las Administraciones es de naturaleza objetiva y directa y cuyas característica podríamos resumir de la siguiente manera: a) Es un sistema unitario en cuanto rige para todas las Administraciones Públicas (estatal, autónoma, local e institucional); b) es general en cuanto a que abarca a todas las actividades administrativas; c) es de responsabilidad directa, por consiguiente no sólo subsidiaria, las actividades por los daños de los funcionarios, sin perjuicio de ejercitar la acción contra los que hubieran incurrido en un ilícito; d) es un régimen objetivo, que prescinde de toda idea de culpa, por lo que no es preciso demostrar

19 En el Derecho privado, existen determinadas actividades que debido a la peligrosidad y riesgo que entrañan, el legislador las somete a una responsabilidad objetiva o sin culpa, dado que parte de la base de que su mera utilización ya entraña seria amenaza. Entre ellas pueden destacarse la conducción de vehículos a motor, navegación aérea, explotación de instalaciones nucleares, etc., artículo 1902 del Código.



su existencia, sino únicamente la realidad de una lesión imputable causalmente a la Administración de que se trate; e) tiende a alcanzar una reparación integral<sup>20</sup>.

Se verifica de esta manera un sistema de responsabilidad directa y objetiva, sin más que acreditar la existencia de una relación de causalidad entre la actuación de la Administración Pública y el daño causado, y sea reclamado en el plazo de un año<sup>21</sup>. Pues bien, la fuerza mayor a la que nos hemos referido con anterioridad, constituye una causa excluyente de tal responsabilidad administrativa<sup>22</sup>.

### c) La fuerza mayor en leyes especiales

Finalmente, en lo que respecta a situaciones excepcionales, la normativa española establece regímenes particulares de responsabilidad en los que sólo la fuerza mayor opera como cláusula de exclusión de la responsabilidad, la encontramos en diversas disposiciones. En efecto, en los artículos 1784, 1905 y 1908, 3º del Código Civil en relación, respectivamente con la responsabilidad de los “fondistas o mesoneros”, “el poseedor de un animal”, o el que se sirve de él”, y el propietario de “árboles en sitios de tránsito”, y de la misma manera en la ley 48/1960 de la Navegación aérea, en la ley 25/1964 de Energía nuclear, en el Decreto legislativo 8/2004 texto refundido de la ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, o en el Real Decreto legislativo 1/2007, texto refundido de la ley para la defensa de los consumidores.

Estas normas establecen una regla de responsabilidad diversa de las antes tratadas que podría calificarse de “responsabilidad por riesgo” u “objetiva” que ponen de manifiesto una responsabilidad que es diversa de la culposa del causante del daño, sino basada la constatación de lo ocurrido, que sólo se excluye cuando medie culpa exclusiva de la víctima o concurra causa de fuerza mayor<sup>23</sup>.

Los tribunales atienden en estos casos a la exigencia de imprevisibilidad y que sean inevitables y realizan un manejo los supuestos específicos de la responsabilidad en términos similares a la fuerza mayor. Como indica Fernández la fuerza mayor es “la causa excluyente por antonomasia de la responsabilidad pública, pero no configura una cláusula general de inmunidad, como se aprecia

20 No puede negarse lo determinante de los preceptos, doctrina y jurisprudencia que ha generado la responsabilidad de la Administración establecida en las etapas reseñadas. Se trata desde luego de un paradigma de la responsabilidad objetiva que presenta gran incidencia por abarcar al estado. Sin embargo, entre algunos de los profesores del Derecho administrativo español como García de Enterría y Fernández han surgido algunas voces de alarma, o con mayor propiedad, han querido destacar algunos excesos que se han verificado particularmente en algunos servicios y en el ámbito de la jurisprudencia relativa a la responsabilidad médica. BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *Fuerza Mayor y responsabilidad administrativa*, cit., p. 79.

21 FERNÁNDEZ CABANAS, J.: *El resarcimiento de los daños causados por catástrofes naturales*, Editorial Comares, Madrid, 2015, p. 117.

22 *Ibidem*.

23 BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *Fuerza Mayor y responsabilidad administrativa*, cit., p. 196.

cuando en las actuaciones precedentes o siguientes a la catástrofe se observa una actuación pública relevante en la producción del daño<sup>24</sup>. En razón de lo anterior, el mismo autor menciona que el tratamiento jurisdiccional no debe ser genérico, sino que “conlleva una apreciación judicial *ad casum* que no siempre arroja la mejor seguridad jurídica a los efectos de obtener un resarcimiento por vía de responsabilidad pública”<sup>25</sup>.

Después de este examen de la responsabilidad de la Administración española frente a los casos fortuitos y fuerza mayor corresponde referirnos al ámbito del Derecho privado español.

## B) En el ámbito de Derecho privado español

Castán Sostiene que el caso fortuito puede definirse (con fórmula negativa) como aquel accidente no imputable al deudor que impide el exacto cumplimiento de la obligación, o más concretamente (haciendo entrar en la definición aquellos elementos positivos a que hace referencia el artículo 1105 del Código civil español, al decir que fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que previstos, fueran inevitables), como el acontecimiento no imputable al deudor, imprevisto, o previsto pero inevitable que imposibilita el exacto cumplimiento de la obligación<sup>26</sup>.

En materia contractual es necesario indicar que precisamente si se verifica el caso fortuito, ningún contrayente debe responder al otro contratante. Es decir, “no hay contrato en que uno de los contrayentes tenga que responder al otro de las pérdidas y daños causados por caso fortuito; pues la pérdida de la cosa que perece o experimenta algún menoscabo de este modo, recae sobre el contrayente propietario de ella”<sup>27</sup>. La razón deriva del hecho que las cosas perecen para su dueño, y si el caso fortuito le afecta, debe asumir dicho evento<sup>28</sup>.

### a) En relación con la responsabilidad objetiva

Ya nos hemos referido a la responsabilidad objetiva de la Administración en que debe hacerse cargo de los acontecimientos en la medida que ocurran,

24 FERNÁNDEZ CABANAS, J.: *El resarcimiento de los daños causados por catástrofes naturales*, cit., p. 118.

25 *Ibidem*.

26 CASTÁN, J.: *Derecho Civil español común y foral*, Reus S.A. Madrid, 1992, p. 255.

27 ESCRICHE J.: *Diccionario razonado de Legislación y jurisprudencia*, cit., p. 434.

28 ESCRICHE J.: *Diccionario razonado de Legislación y jurisprudencia*, cit. p. 434, menciona las excepciones relativas a la pérdida por culpa del que tiene la cosa y la que acontece por cláusula expresa toma a su cargo los casos fortuitos, haciéndose responsable de la pérdida o menoscabo que la cosa pudiese sufrir de este modo mientras la tenga en su poder, es decir se asumen los casos fortuitos que la afectaran y se compromete a reparar el daño que provocan.

con la mencionada exclusión del caso fortuito. Pues bien, aquí se acude a estas teorías tratando de enmarcar el caso fortuito en términos subjetivos, referidos a la ausencia de culpa del deudor. Esta forma de delinear el caso fortuito se sitúa también en el ámbito de la diligencia. Es decir, para los seguidores de esta forma de explicar el caso fortuito, es necesario atender a la culpa y la diligencia del deudor, circunstancias subjetivas del mismo<sup>29</sup>. Barrero Rodríguez, indica que: “en definitiva, el sistema de responsabilidad establecido por el Código Civil es un sistema de responsabilidad por culpa”<sup>30</sup>, y es precisamente a ese factor al que se deberá atender al momento de examinar la conducta que se busca exonerar. Resulta en este contexto importante determinar si la cosa se pierde fortuita o por negligencia del deudor ya que la pérdida fortuita de la cosa sobre la que recae la obligación producirá efectos diversos en las partes conforme su cumplimiento o incumplimiento y según si el contratante diligente optó o no por la resolución del contrato<sup>31</sup>.

Por otra parte, se encuentran aquellos que resaltan el carácter objetivo del caso fortuito, aquellos que fundan la responsabilidad del deudor en el incumplimiento y sitúan el límite en la imposibilidad sobrevenida no imputable<sup>32</sup>. Visintini señala la teoría objetiva de la responsabilidad a dos niveles: el primero relativo al fundamento de la responsabilidad que estaría en el cumplimiento *tout court* y no el incumplimiento culpable, y el segundo, con relación a la noción de causa no imputable entendida como “causa externa all impresa e di carattere catastrofico”<sup>33</sup>.

Sobre esta materia existe discrepancia de la doctrina. En ese sentido, Lalaguna afirma que del mismo modo que el Código Civil español no define el caso fortuito: “No cabe hallar una diferencia conceptual bajo cuya distinción, simplemente terminológica, entre caso fortuito y fuerza mayor”<sup>34</sup>. La relación tiene dos elementos. El *objetivo*, conforme al cual lo acontecido es ajeno a la voluntad del deudor de la obligación, y otro *subjetivo*, de acuerdo al cual se requiere ausencia de culpa del deudor. Se trata de dos elementos que se exigen mutuamente, de

29 OLMO GUARIDO, N.: *El caso fortuito: su incidencia*, cit., p. 32.

30 BARRERO RODRIGUEZ, C.: *Fuerza Mayor y responsabilidad administrativa*, cit., p. 33.

31 CLEMENTE MEORO, M.: *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 537-546.

32 Es así como en España, aunque el artículo 1105 del Código Civil no lo prevé expresamente, varios autores recogen este requisito, si bien también con interpretaciones disímiles. Así, entre otros, Borrell y Soler, Antonio María, *Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones contractuales civiles* Barcelona, 1954; LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. Parte General. Teoría General del Contrato*, Barcelona, 1994 II, I, pp. 195 ss. En la doctrina española están presentes las dos grandes formas de concebir la exterioridad: subjetiva y objetiva, adquiriendo esta última gran relevancia en el último tiempo.

33 VISINTINI, G. “Inadempimento e mora del debitore. Artt 1218-1222”, en *il Codice Civile*. Comentario, da SCHLESINGER, (Dir.): Milano, Giuffrè, 1987.

34 LALAGUNA, DOMINGUEZ, E.: *Curso de derecho Civil II*, Tirant lo Blanch Valencia, 1992, p. 373.

tal manera que no se puede verificar la existencia de uno sin el otro, o como lo sostiene Enrique Lalaguna, son correlativos<sup>35</sup>.

También basándose en lo expuesto por Exner, en el lugar en que se origina, se los diferencia, ya que el caso fortuito es el "acontecimiento que tiene lugar al interior de la empresa o círculo afectado por la obligación, mientras que la fuerza mayor sería el que se origina fuera, con violencia insuperable, y que cae fuera de lo que debe preverse en el curso ordinario y normal de la vida"<sup>36</sup>.

Cristóbal Montes busca separar aguas entre caso fortuito y fuerza mayor tomando como parámetro la normalidad del acto. Estima que el caso fortuito es aquel acontecimiento imprevisible que, dentro de su excepcionalidad, presenta un cierto carácter de normalidad, esto es, no rompe palmariamente con el marco genérico en que se desenvuelven las cosas a la hora de las obligaciones, o de desarrollar un sujeto la actividad a que esté compelido por su especial estatus jurídico, y la fuerza mayor debe ser imprevisible, pero aquí el acontecimiento ocasiona la salida del área que caracteriza y define dicha situación<sup>37</sup>.

Por su parte, Santos Briz ha sostenido que el Código Civil ha distinguido entre los conceptos aludidos, no tanto de lo expuesto en el artículo 1105, sino de otros preceptos de ese cuerpo normativo, en razón del origen, en el que el caso fortuito es el que sobreviene por accidente de la naturaleza, mientras que la fuerza mayor por accionar de un tercero, según el efecto del hecho recae sobre una cosa (caso fortuito) o no sobre la persona del deudor (fuerza mayor). Atendiendo al grado de evitabilidad en que la fuerza mayor no es superable, y finalmente atendiendo a que el hecho se produzca en la esfera de actividad del deudor (caso fortuito) o fuera de ella (fuerza mayor)<sup>38</sup>.

Por otra parte, "históricamente, el deslinde entre caso fortuito y fuerza mayor ha sido complejo y problemático pues las propuestas doctrinales esbozadas al respecto no han encontrado siempre correspondencia con las previsiones normativas oportunas (básicamente los criterios distintivos propuestos han insistido en el origen del evento y en la previsibilidad del mismo)<sup>39</sup>.

Tomando en cuenta el ámbito de la diligencia exigible, se permitirá llegar a la calificación del suceso y "a más diligencia, mayor obligación de previsión y mayor obligación de poner medidas adecuadas para que no ocurra. A un tipo de diligencia media (la conducta del "buen padre de familia") corresponderá una

35 LALAGUNA, DOMÍNGUEZ, E.: *Curso de derecho*, cit., p. 372.

36 DIEZ- PICAZO, I.; GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, 10ª edición, Tecnos, 2013, p. 205.

37 CRISTOBAL MONTES, A.: *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 170-172.

38 SANTOS RIZ, J.: *Comentario del Código Civil*, T.VI, Sierra Gil de Cuesta, I. (Coord.): Ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 126.

39 LASARTE, C.: *Derecho de obligaciones, principios de Derecho Civil*, Marcial Pons, Madrid, 15ª Edición, 2011, p. 149.

previsión de lo que acontezca en el curso normal de la vida, y a una toma de medidas igualmente normal<sup>40</sup>. De esta manera, la persona causante de un daño que hubiere actuado faltando a la diligencia a la que se encontraba obligada, nunca podrá operar la causa de exoneración de la responsabilidad.

Es cierto que la normativa no contribuye a la claridad al homologarlos (como en el artículo 1105). En efecto, Cristóbal montes indica que una parte significativa de los autores “se inclina por considerar la equivalencia jurídica de ambas categorías”, al entender que se trata de nociones “equiparable o intercambiables”<sup>41</sup>.

Como puede observarse, la norma da para múltiples planteamientos y alcances en que los autores citados destacan como esencial el elemento subjetivo, el objetivo, el lugar, la normalidad del acto, la relación con otros preceptos, el aspecto histórico y la diligencia. Otros consideran equiparable los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito. Por lo demás, en lo que se refiere al tratamiento que el legislador hace de estas instituciones en los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, la confusión es completa. Por eso, en este mismo sentido, una significativa parte de la doctrina se inclina por no establecer distinciones ya que a su juicio parece de poca trascendencia normativa, poca relevancia práctica y estéril realizarlo<sup>42</sup>.

#### b) Requisitos del caso fortuito

En concordancia con lo anterior, se puede hacer una distinción en los requisitos del caso fortuito. En primer lugar que “se trate de un acontecimiento independiente de la voluntad del deudor y, por consiguiente, no imputable” como lo menciona Castán<sup>43</sup>. En segundo lugar la doctrina coincide en que el acontecimiento sea imprevisible o inevitable como sostiene Lalaguna, ya que “la capacidad de previsión es variable en función de la diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de la personas, del tiempo y del lugar”<sup>44</sup>. Castán va más allá al indicar que estas notas son bastante relativas y la posibilidad de la previsión deberá apreciarse racionalmente, según las circunstancias, pues está en relación con los medios del deudor y, por tanto, con el grado de diligencia que hubiere de prestar. Basta que sea imprevisto, inevitable<sup>45</sup>. Soto Nieto, agrega que “la imprevisibilidad va entroncada con el dato de la posibilidad y frecuencia con que

40 DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistemas de Derecho Civil*, cit., pp. 204-205.

41 CRISTOBAL MONTES, A.: *El incumplimiento de las*, cit. pp. 154-155.

42 JORDANO FRAGA, J.: *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987, p. 216 Nota 235. En este mismo sentido CASTÁN J.: *Derecho civil español común y foral*, cit. pp. 230-233, DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de derecho Civil patrimonial II*, las relaciones obligatorias. 4ª edición editorial Civitas, Madrid, 1993, p. 590. CARRASCO PERERA, A.: *Comentario al artículo 1105 del Código Civil, Comentario al Código Civil y compilaciones forales* M. Albaladejo (Dir.): t. XV, vol. I, EDESA, Madrid, 1989, p. 631.

43 CASTÁN, J.: *Derecho civil español común y foral*, cit., p. 257.

44 LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: *Curso de derecho*, cit., p. 373.

45 CASTÁN, J.: *Derecho civil español común y foral*, cit., p. 258.

pueda producirse un determinado acontecimiento, mientras que la inevitabilidad de sus efectos ha de colegirse del examen concreto del objeto de la obligación y de la conducta del obligado<sup>46</sup>.

Por otra parte, igualmente se ha dicho que constituye un requisito que el acontecimiento imposibilite al deudor el cumplimiento de su obligación<sup>47</sup> y que con esa imposibilidad de cumplimiento, exista una relación de causa a efecto<sup>48</sup>. La imposibilidad no debe tratarse de una situación transitoria o temporal, sino definitiva.

Pedro de Pablo Contreras agrega al examinar, el grado de afección de la prestación,<sup>49</sup> que la imposibilidad debe ser total si es así el interés del acreedor<sup>50</sup>, lo que resulta discutido por Clemente, que indica que la prestación con diferencias menores en la cantidad, es decir que comportan un cumplimiento (o incumplimiento) no podría rechazarlo el acreedor<sup>51</sup>.

### c) Relación con la culpa

Otro de los elementos que integran el caso fortuito es la relación o falta de culpa. Sobre sus alcances la doctrina es igualmente diversa en cuanto a la exterioridad de la conducta del deudor, esto es que el suceso le sea ajeno, los autores españoles han sostenido que “no ocurre lo mismo en cuanto a los hechos excluidos de responsabilidad y concretamente al elemento culposo por lo que resulta determinante la incompatibilidad con la negligencia o culpa del deudor ya que culpa y exclusión de responsabilidad son circunstancias incompatibles”<sup>52</sup>.

Es decir, el elemento culpable está incorporado en el artículo 1150, como lo expone Clemente: “Este argumento puede confirmarse con una comparación con los textos de los artículos 1150 y 1152, en que no se habla de culpa, pero que se refieren solamente al incumplimiento culpable, ya que el incumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor extingue la obligación, liberando a los deudores de toda responsabilidad. El legislador, en los artículos 1150 y 1152, y también en el 1124, omite la referencia a que el incumplimiento ha de ser culpable porque ya en el artículo 1150 ha dispuesto con carácter general que “fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los que así lo declare la obligación, nadie

46 SOTO NIETO, F.: *El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación*, Editorial Nauta, 1965.

47 CASTÁN, J.: *Derecho civil español común y foral*, cit. p. 258.

48 LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: *Curso de derecho*, cit., p. 373.

49 DE PABLO CONTRERAS, P.: *Curso de Derecho civil (II) Derecho de Obligaciones*, Colex, Madrid, 2011. p. 63.

50 HERNÁNDEZ GIL, A.: *Derecho de obligaciones*, Maribel Artes Gráficas, Madrid, 1960, p. 101.

51 CLEMENTE MEORO, M.: *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1992, pp. 138 - 139.

52 JORDANO FRAGA, J.: *La responsabilidad contractual*, cit., pp. 197-227.

responderá de aquellos sucesos que hubieran podido preverse o que, previstos, fueran inevitables"<sup>53</sup>.

d) Tratamiento como sinónimo o distinción de las instituciones

Los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito aparecen como sinónimos en algunos artículos del Código Civil (art. 457, en el que se utiliza el concepto de fuerza mayor y art. 1183), y en esos contextos intercambiables, refiriendo uno y otro a las dos formas de suceso que describe el precepto. También puede entenderse, que el caso fortuito se liga a la imprevisibilidad y que la fuerza mayor se liga a la inevitabilidad.

Considerados tradicionalmente estos dos conceptos como sinónimos en la práctica judicial y por la mayor parte de los autores, de su identidad se hizo eco Louis Josserand al decir que aparecían como "los dos hermanos siameses de la no responsabilidad"; y ello es así porque la virtualidad de una y otra circunstancia consiste, en principio, en impedir el nacimiento de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual. Tratándose del mismo efecto liberador, la diferencia es que, en el primer caso, la fuerza mayor extingue la obligación contractual, mientras que, en el segundo, impide el nacimiento de la obligación extracontractual.

e) Compendio de la doctrina sobre caso fortuito y fuerza mayor

Como una forma de compendiar lo expuesto, a nuestro entender lo autores españoles acuden a tres criterios determinantes para diferenciar caso fortuito y fuerza mayor. Un primer criterio considera que la fuerza mayor se identifica con el hecho de la naturaleza, con una fuerza sobrehumana (terremoto, maremoto), mientras que el caso fortuito es el hecho humano<sup>54</sup>. Es decir, en el primer caso el hecho de ser ajeno al sujeto, lo exime de responsable, lo que no ocurre en el caso fortuito.

Según otro criterio, el caso fortuito impide el cumplimiento de la obligación porque su concurrencia no era previsible empleando una diligencia normal, de modo que, de haberse previsto, habría podido evitarse; la fuerza mayor constituye, en cambio, un suceso que, aunque hubiera sido previsto, no habría podido evitarse, porque no hay fuerza humana que pueda oponerse a ella (incendio, terremoto, guerra), poniéndose el acento, no en la falta de previsibilidad, sino en la irresistibilidad, es decir, en la idea de coacción o inevitabilidad. Se trata de una

53 CLEMENTE MEORO, M.: *La resolución de los contratos*, cit., p. 165.

54 Véase REBOLLEDO, M.: "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración un balance y tres reflexiones", en *Revista de Administración pública*, núm. 150, 1999, pp. 329-340.

distinción que tiene apoyo en la definición de sucesos que contempla el art. 1105 Código Civil.

Un último criterio radica en la procedencia u origen del hecho que impide el cumplimiento. Si la procedencia es externa al círculo de la actividad en el que la obligación se desenvuelve, constituye una fuerza mayor (maremoto); y, si es interna, se trata de un caso fortuito. Como acontecimiento de orden interno, el caso fortuito exige probar que se ha producido pese a haberse actuado diligentemente; mientras que la fuerza mayor, como acontecimiento de orden externo, implica de suyo que no podría haberse evitado el suceso aún actuando con completa diligencia. Con ello se apunta que el caso fortuito –dado que puede no serlo–hay que demostrarlo, mientras que la fuerza mayor –dado su carácter absoluto–se demuestra por sí misma.

Otra corriente doctrinal se inclina por evitar diferenciar por la poca utilidad que puede reportar ya que los hechos imprevisibles, o los previstos pero inevitables, producen el mismo efecto exonerador (al identificarse con la ausencia de culpa), la diferenciación de ambas figuras carece de trascendencia práctica, no siendo por ello una verdadera clasificación jurídica. En estos casos diferenciar la fuerza mayor y el caso fortuito constituye un entretenimiento o divertimiento de carácter académico, pero estrictamente inútil.

Resulta claro que la distinción entre caso fortuito y la fuerza mayor adquiere relevancia en las ocasiones en que operan como causa excluyente de responsabilidad. Conforme la doctrina, es precisamente la fuerza mayor en la que, sin que concurra la culpa o negligencia del afectado la que lleva a esa exclusión. La tarea, tanto de la doctrina, como particularmente de la jurisprudencia que aplica la ley al caso concreto será construir un concepto depurado de fuerza mayor<sup>55</sup>. A continuación nos referiremos a los pronunciamientos jurisprudenciales de los tribunales españoles.

### 3. Jurisprudencia sobre el caso fortuito y fuerza mayor en Derecho español

Resulta importante indicar que la jurisprudencia española no ha estado ajena a buscar la delimitación de la previsibilidad en el caso fortuito. En efecto, amplía el término en este ámbito, indicando que, aparte de aquellos directamente imprevisibles, esta debe también extenderse a “aquellos sucesos totalmente insólitos y extraordinarios, que aunque no imposibles físicamente y, por tanto, previsibles en la teoría, no son los que puede calcular una conducta prudente atenta a las eventualidades que el curso de la vida puede deparar; y en cuanto a la imposibilidad de evitar los sucesos previstos, si bien no excusa de prestar la

55 BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *Fuerza Mayor y responsabilidad administrativa*, cit., p. 55.



diligencia necesaria para vencer las dificultades que se presenten, no exige, sin embargo, la llamada prestación exorbitante, es decir, aquella que exigiría vencer dificultades que pueden ser equiparables a la imposibilidad, por exigir sacrificios desproporcionados o violación de deberes más altos" (S. de 9 de noviembre de 1949).

Por su parte, la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia españoles también ha sido reacia a establecer diferencias entre los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito, ya que han sido considerados tradicionalmente estos dos conceptos como sinónimos en la práctica judicial. Tratándose del mismo efecto liberador, la diferencia es que, en el primer caso, la fuerza mayor extingue la obligación contractual, mientras que, en el segundo, impide el nacimiento de la obligación extracontractual. De esta diferencia se hace eco con precisión la STS (Sala 1ª) de 7 de abril de 1965. Dicha sentencia afirma que "para que un suceso pueda originar la irresponsabilidad a que se refiere el art. 1105 del Código Civil, es menester que en su acaecimiento concurren, entre otros, los siguientes requisitos: que sea imprevisible, por exceder el curso normal de la vida, o que previsto sea inevitable, insuperable, o irresistible; que no se deba a voluntad del presunto deudor, que haga imposible el cumplimiento de una obligación previa contraída o impida el nacimiento de la que pueda sobrevenir con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1903 y 1902 y siguientes de la misma ley sustantiva".

La STS (Sala 3ª) de 15 de febrero de 1968 al declarar que, cuando se trata de la responsabilidad por un "riesgo administrativo," es preciso distinguir entre lo que fatalmente se debe a factores externos (fuerza mayor) y lo que se debe a eventos internos, intrínsecos, ínsitos al funcionamiento de los servicios públicos (caso fortuito); criterio que continuaron las sentencias de 23 de octubre de 1969 (Sala 4ª, presidente. Excmo. Sr. Bermúdez Acero), 11 de febrero de 1974 (Sala 4ª, Excmo. Presidente Sr. Gordillo García), 8 de julio de 1982 (Sala 3ª, presidente. Excmo. Sr. Botella Taza), 4 de marzo de 1983 (Sala 3ª, presidente. Excmo. Sr. Fernández Santamaría), 12 de marzo de 1984 (Sala 4ª, presidente. Excmo. Sr. Martín Ruiz), 12 de julio de 1985 (Sala 4ª, presidente. Excmo. Sr. Díaz Eimil) y 28 de julio de 1986 (Sala 3ª, presidente. Excmo. Sr. Pérez Fernández), quedando de esta forma consolidada la distinción.

Son múltiples los pronunciamientos de los tribunales de justicia española que han recogido los criterios jurisprudenciales referidos en las sentencias arriba citadas. Los principios emanados de esas resoluciones judiciales han servido para fundar muchos casos en que se ha invocado la responsabilidad civil por daños por el demandante y el demandado se ha buscado excusar basándose en la interpretación que le ha dado la judicatura a los artículos 1105, 1903 y 1902 del Código Civil español.

La STS de 30 de septiembre de 1983 destacó que, aunque la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor no está recogida en el artículo 1105 Código Civil español, se hace necesaria para la aplicación de los artículos 1905 y 1784 del mismo cuerpo legal, por tratarse de los tipos cualificados previstos como salvedad en aquel precepto. De esta manera, el daño ocasionado por un caso fortuito entra de lleno en el ámbito de la imputación por el riesgo, siendo exoneradora sólo la fuerza mayor contemplada en tales preceptos.

A su vez, la STS de 28 de enero de 1986 consideró que el artículo 1905 C.c. contempla una responsabilidad de carácter no culpable, por el riesgo inherente a la utilización del animal, que procede por la mera causación del daño, pero con exoneración en los singulares casos de fuerza mayor (lo que significa exclusión del caso fortuito) y culpa del perjudicado.

En algunas ocasiones, los tribunales españoles han abordado la cuestión desde una perspectiva o un enfoque propio de la materia estudiada. Es así que como en una sentencia en materia civil del año 1993 el Tribunal Supremo requería que “el evento productor de ese incumplir se origine como consecuencia de factores exteriores a la empresa (rayos, huracanes, inundaciones etc.), para la fuerza mayor o dentro de ella respecto del caso fortuito”<sup>56</sup>.

También los tribunales españoles han debido resolver los conflictos que se han presentado entre las compañías aseguradoras y el Consorcio español de Compensación de Seguros. En aquellas oportunidades en que las aseguradoras han pretendido desplazar al Consorcio la obligación de indemnizar, arguyendo que se trata de un supuesto de fuerza mayor, el Consorcio ha indicado que no se ha verificado dicha circunstancia por lo que la primera es la que debe indemnizar<sup>57</sup>.

De lo expuesto se puede concluir que una parte significativa, sino mayoritaria de la jurisprudencia española realiza la distinción del caso fortuito con la fuerza mayor respecto a los efectos que produce, atribuyendo al caso fortuito un carácter de imprevisible y a la fuerza mayor un carácter de irresistible<sup>58</sup>. Concuerdan estas sentencias en que existe una diferencia entre las instituciones examinadas. En suma esta especie de caleidoscopio jurisprudencial ha ido creando figuras que en cada movimiento se modifican. La calificación de los criterios dependerá del observador o del abogado que le interese destacarla.

Por eso, concordamos con Barrero Rodríguez, que luego de un exhaustivo análisis jurisprudencial, concluye el estudio jurisprudencial da cuenta que: “El

---

56 RJ 1993, 8970.

57 FERNÁNDEZ CABANAS, Y.: *El resarcimiento de los daños causados por catástrofes naturales*, cit. pp. 119 y 120.

58 17 de mayo de 1983 (RJ 2840) 8 de mayo de 1986 (RJ 2669) 16 de febrero de 1988 (RJ 1994) y más recientemente la 2 de marzo del 2001 (RJ 2589) y 12 de julio de 2002 (RJ 6045).

establecimiento de la distinción entre una y otra figura [caso fortuito y fuerza mayor] de acuerdo con criterios diversos, se funda en la procedencia interna o externa del obstáculo impeditivo del incumplimiento de la obligación, en otras muchas se sustenta en las notas de “imprevisibilidad” y la “inevitabilidad”, reservándose el caso fortuito al evento imprevisible dentro de la normal y razonable previsión que se exija adoptar en cada supuesto concreto y la fuerza mayor a los acontecimientos irresistibles o inevitables en sus resultados, aun en las ocasiones en que hubieran podido preverse”<sup>59</sup>.

Pero también los tribunales de justicia se han separado de la interpretación indicada en el párrafo anterior. Esa separación ha acontecido en razón de que los tribunales han considerado como equivalentes los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor buscando determinar si coinciden o no con la interpretación del artículo 1105.

Un criterio asentado en la jurisprudencia, que también resalta la doctrina, se refiere al suceso imprevisible o inevitable en que se requiere la diligencia exigible al deudor. Surge esta obligación de lo establecido en el artículo 1104 del Código Civil español. El sistema de responsabilidad se basa en la diligencia o culpa del deudor. Se puede excusar de un acontecimiento basado en el caso fortuito y fuerza mayor, el deudor diligente al que no se le puede atribuir culpa en el hecho. En España, por consiguiente, la Administración responde objetivamente, esto es, sin necesidad de que haya culpa o negligencia por su parte. Responde por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y sólo se exonera excepcionalmente. Una de los supuestos de exoneración es que haya habido fuerza mayor. Sin embargo, no exonera el caso fortuito.

Como mencionamos al iniciar esta materia, consideraremos en este trabajo a los desastres naturales propiamente tales, es decir aquellos que ocurren sin intervención del hombre. Es decir, la jurisprudencia aludida ha tenido un tratamiento basado en un cierto reconocimiento de diferencias entre las instituciones mencionadas que en general encajan con lo dispuesto en el artículo 1105 del Código Civil y con lo expuesto por la doctrina.

En suma, podemos concluir que el tratamiento de los acontecimientos irresistibles e inevitables, que se encuentra presente en el Derecho español, considera a los desastres naturales como constitutivos de la fuerza mayor. La incontrolable fuerza de estos fenómenos de la naturaleza constituye el elemento esencial de la fuerza mayor y, por consiguiente, en ellos centraremos nuestra atención. A continuación nos referiremos a la forma en que los seguros españoles,

59 BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *Fuerza Mayor y responsabilidad*, cit., p. 195.

tanto en lo que respecta a los bienes como a las personas cubren dichos desastres naturales.

### III. COBERTURAS DEL CONTRATO DE SEGURO DE DESASTRES NATURALES EN ESPAÑA

Resulta importante referirnos a continuación a la forma en que el Derecho extiende su cobertura a los que hemos denominado Desastres Naturales. Nos centraremos en los contratos de seguros y particularmente la cobertura de incendio, bajo la cual se incluyen algunos desastres naturales su ampliación, exclusiones, y limitaciones, para luego estudiar la extensión de los contratos de seguros en los casos de los seguros de daños y de personas.

El contrato de seguro contra daños es aquel en que el “asegurador se compromete a indemnizar al asegurado si, a consecuencia de un siniestro previsto en la póliza, sufre un daño en el interés que posee en mantener indemne una o varias cosas, uno o varios derechos, o su entero patrimonio”<sup>60</sup>. Es decir, abundando en la definición entregada, es aquel en que el asegurado busca proteger un interés asegurable<sup>61</sup>, el cual mantendrá una relación, más o menos directa con su patrimonio. Teniendo esto como base, la Ley de Contrato de Seguro (de aquí en más LCS) se encarga de determinar la forma en que se fijará la indemnización que le corresponderá al asegurado ante la ocurrencia del siniestro, siguiendo para ello como pilar fundamental, el principio indemnizatorio<sup>62</sup>, contenido en el artículo 26 de dicho cuerpo normativo, para luego, construir en base a dicho artículo y el que le sigue, esto es, el 27, la forma en que se valorará el interés asegurable y consecuentemente, la que en un comienzo<sup>63</sup> será la suma asegurada indemnizable. Particularmente, la LCS dispone que para determinar el valor del interés se deberá atender a lo fijado por las partes en la póliza de seguro correspondiente, empero si nada se ha dicho al respecto, deberá atenderse al valor final y valor de residuo

60 BROSETA PONT, M; MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, t. II, Tecnos, Madrid, 2015, p. 408.

61 En palabras de Sandoval, el interés asegurable se traduce en “el interés económico y legítimo” que se pone a cubierto de un riesgo asegurable. SANDOVAL LÓPEZ, R.: *Contratos mercantiles*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2015, t. I, p. 300. Profundizando en el concepto de interés asegurable, Baeza entiende que éste se condice con “la relación susceptible de valoración económica entre un sujeto y una cosa apta para satisfacer una necesidad o prestar una utilidad”. BAEZA PINTO, S.: *El seguro*, Editorial Universitaria, Santiago, 1981, p. 45.

62 Se dice que los seguros en contra daños son seguros de mera indemnización, toda vez que “el importe pagadero al producirse la eventualidad dañosa contra la que se asegura la cosa, patrimonio o crédito, constituye una indemnización, es decir una restitución del patrimonio afectado, al estado que tenía con anterioridad a la ocurrencia del siniestro”. Siendo esto así, el principio de indemnización constituye un límite al monto pagadero en caso de ocurrencia del siniestro, el cual estará dado por las herramientas que la normativa ofrezca en cada experiencia legislativa. CONTRERAS STRAUCH, O.: *Derecho de seguros*, Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 102 – 103.

63 Para determinar la indemnización efectiva, debe considerarse el valor del daño provocado en el objeto asegurado. Se entenderá por objeto asegurado

resultante en la relación asegurada<sup>64</sup>. Es por esto que se denomina a este tipo de seguros como de estricta indemnización<sup>65</sup>.

Así las cosas, el puzzle de los seguros se arma con las coberturas y las exclusiones, de tal manera que se pueden ir incorporando riesgos mediante la inclusión de los que antes estaban excluidos. Es así que por medio del corredor o agente de seguros, o por la determinación de cláusulas especiales, como la de inclusión facultativa en la póliza, van sumando en las coberturas aquellos riesgos que de manera general se encontraban fuera del contenido considerado en el texto de la póliza<sup>66</sup>. A cambio de aquella inclusión la compañía aseguradora exige el pago de una prima mayor. Por lo demás, en cuanto a las exclusiones, dependiendo del tipo de contrato de seguro ante el cual nos enfrentemos, estas pueden tener un efecto restringido o no, de modo que todo riesgo o interés que no se encuentre expresamente excluido puede o no verse asegurado. De esa forma, y solo a modo de ejemplo, el artículo 49 de la LCS impone al asegurador la obligación de indemnizar "todos los daños y pérdidas materiales causados por la acción directa del fuego, así como los producidos por las consecuencias inevitables del incendio (...)", de lo que se desprende claramente que las exclusiones tendrán un efecto restringido, toda vez que sólo se excluirá lo expresamente indicado en el clausulado de la póliza.<sup>67</sup> Esta es la forma de ir armando una cobertura que en definitiva incorpora los diversos riesgos que el contratante requiere.

Atendido lo dicho, en razón de los diversos objetos asegurables por el contrato que estamos estudiando, la LCS se ha encargado de distinguir entre seguros de incendios, contra robos, de transporte, de lucro cesante, de caución, de crédito, de responsabilidad civil y de defensa jurídica. Al exigir el artículo 48 de LCS que el incendio se produzca fortuitamente para que el beneficiario obtenga la indemnización, nos dedicaremos brevemente a éste. Señala el artículo 45 de la LCS que: "por el seguro contra incendio el asegurador se obliga dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato a indemnizar los daños producidos por incendio en el objeto asegurado. Se considera incendio la combustión y el abrasamiento como llama, capaz de propagarse, de un objeto u objetos que no estaban destinados a ser quemados en el lugar y momento que se produce"<sup>68</sup>.

64 BROSETA PONT, M; MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, cit, p. 409.

65 BROSETA PONT, M; MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, cit, p. 408. En un sentido similar SÁNCHEZ CALERO, F.: *Principios de Derecho Mercantil*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2012 p. 673.

66 En cuanto a la determinación de los riesgos cubiertos, resulta interesante referirnos al principio de universalidad de riesgos, el cual la póliza cubre todos los riesgos lícitos y ordinarios que concurren sobre el interés asegurado. BROSETA PONT, M; MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, cit. p. 387.

67 FERNÁNDEZ CABANAS, J.: *El resarcimiento de los daños causados por catástrofes*, cit., p. 119.

68 Este artículo se puede concordar con los artículos 25, 26 y 27, 46, 47, 48 y 49 de la ley 50/1980.

El seguro de incendio español tiene por objeto primario cubrir la destrucción material de los bienes asegurados por la acción del fuego y sus efectos<sup>69</sup>. La ley española proporciona, en el artículo 45 ya referido, una noción legal de incendio que permite delimitarlo. Atiende al hecho que se verifique: “La combustión y el abrasamiento como llama, capaz de propagarse, de un objeto u objetos que no estaban destinados a ser quemados<sup>70</sup> en el lugar y momento que se produce”. Estos conceptos, como los relativos a la delimitación de la cobertura, resultan determinantes en cuanto a la efectividad o inutilidad de este tipo de contratos<sup>71</sup>.

Si tomamos el concepto referido, y la regulación que se le entrega a los seguros de daños, particularmente al seguro en contra de incendios podría aseverar que la póliza sería extensible a los riesgos catastróficos, como también a otro tipo de situaciones<sup>72</sup>, ahora bien, incluso de no considerarse así, esto no implica que el asegurado o tomador, se vea privado de protección, dado que en todos aquellos siniestros extraordinarios cuya cobertura quede excluida de la póliza, sea por fuente legal o exclusión convencional, existirá una institución pública que subsanará dicha laguna aparente.

## I. Contratos de seguros de personas en España

La LCS recoge la distinción entre los seguros de daños, ya revisados en los acápite anteriores, y los seguros de personas, en su artículo primero, al señalar que “el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas”. Idea que se complementa con lo prescrito por el artículo 80 del mismo cuerpo legal, el cual indica que: “el contrato de seguro sobre las personas comprende todos los riesgos que pueda afectar a la existencia, integridad corporal o salud del asegurado”. Por consiguiente, es necesario incluir bajo esta categoría de seguro de personas, a los seguros de vida, los de accidente, enfermedad y asistencia sanitaria<sup>73</sup>. El artículo 80 ha querido indicar que los contratos de seguros de personas comprenden todos los riesgos que puedan afectar a las personas naturales. De esta forma deja abiertas las posibilidades para

69 Su evolución está ligada con los seguros ya que junto con los seguros de transporte marítimo y de vida constituyen la base del proceso asegurador.

70 No destinados a ser quemados da cuenta de aquellos hechos en que se produce el fuego en casos distintos a los que inician el hombre para fines como limpiar un terreno agrícola.

71 La póliza de hogar que incluye el incendio lo define como: “Combustión y abrasamiento con llama capaz de propagarse de objetos que no estaban destinados a ser quemados en el lugar y momento en que se producen, con origen en el interior o exterior de la vivienda”.

72 La proposición realizada no es generalmente compartida por la doctrina. Es menester hacer presente que se ha considerado que, “desde el punto de vista técnico, las dificultades para asegurar un determinado riesgo provienen normalmente de la dimensión del mismo y de su carácter excepcional o esporádico, porque estas circunstancias impiden establecer una base estadística que sirva de soporte al seguro y permita el cálculo de la prima; por esta razón, tradicionalmente se han venido excluyendo de la cobertura del seguro los llamados riesgos catastróficos (guerra, acciones terroristas, erupciones volcánicas, terremotos, etc)”. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.; ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A. *Et al.: Lecciones de Derecho Mercantil*, t. II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, p. 309.

73 BATALLER GRAU, J.: *Comentarios a la ley de contrato de seguro*, cit., p.80.

incorporar otras formas de coberturas en razón de los cambios que experimenta el tráfico de seguros en materia mercantil.

Sin perjuicio de esto, la principal diferencia conceptual que existe el seguro de personas y el de daños, subyace en que el primero no se erige como un seguro de estricta indemnización, dado que, si bien pueden servir para reparar el daño o la necesidad que puede producir el siniestro, pueden ejecutarse incluso sin la presencia de un menoscabo, bastando para su válido desenvolvimiento la ocurrencia del siniestro<sup>74</sup>.

La delimitación de la noción de seguros de personas resulta importante para separar aguas respecto de los seguros que recaen sobre bienes. Estas dos categorías de seguros, los que recaen sobre bienes como los que amparan la vida, se rigen por algunos principios comunes, pero igualmente presentan principios diferenciadores que permiten concluir que la separación de estos ramos resulta lógica y necesaria<sup>75</sup>. Esta diferencia impone una especialización de las entidades aseguradoras. Los seguros de vida, junto con los de accidente y enfermedad constituyen las coberturas bases de los seguros de personas, conforme el ya citado artículo 80 de la ley LCS 50/1980<sup>76</sup>. Podemos deducir que el seguro de personas en la legislación española comprende un conjunto de riesgos diversos que pueden afectar a la relación económica entre el asegurado y su propio cuerpo, tanto en cuanto fuente de rendimiento económico, por su capacidad productiva, como objeto de necesidades a las que ha de subvenir, o simplemente por el valor propio de la vida y de la salud<sup>77</sup>.

74 BROSETA PONT, M; MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, cit. p. 445.

75 A este respecto hasta hoy son tres las posiciones que se presentan: Tesis indemnizatoria. Quienes consideran que el seguro de personas no debe distinguirse de los otros contratos de seguros, en cuanto a su causa, sostienen que es la función indemnizatoria la que se aplica a todos. Es decir, todos los seguros tienen una finalidad indemnizatoria, ya sea que se fije valorando objetivamente las consecuencias y extensión del siniestro como en un incendio, o en forma subjetiva como ocurre con la vida humana en la que la suma a indemnizar es fijada a priori. Tesis de la prestación debida: Otra parte de la doctrina niega la función indemnizatoria de los seguros de personas, y particularmente en los seguros de vida y supervivencia. Argumentan que en estos seguros el siniestro puede o no producir un daño y por eso, más allá de esa circunstancia, el asegurador debe cumplir con la prestación pactada. Según estos autores en estos seguros no existe ninguna relación entre la prestación debida por la compañía y las consecuencias del siniestro. Es más, en el caso de la sobrevivencia ¿Qué daño puede imputarse al tomador-asegurado? No sólo no hay daño, sino el siniestro constituye un beneficio al estar vivo en esa fecha. La tercera tesis se podría denominar dualista e indica que sólo hay indemnización en sentido estricto en los seguros de daños, ya que se trata de cubrir precisamente esa carencia o perjuicio económico cuya extensión la delimita el siniestro. En los seguros de vida la necesidad patrimonial es abstracta, y el asegurador se obliga a pagar una suma fijada de antemano en atención a la prima y no en función del daño efectivamente sufrido. De ahí que en los seguros se distinguiría entre dos: a) seguros de cobertura de necesidad vinculados al daño efectivo, en que se aplicaría el principio indemnizatorio y) seguros de abstracta cobertura que se paga la prestación debida independientemente de si se produjo o no el daño o perjuicio. La diferencia entre las tesis radica en que en cada una de ellas existen diversas relaciones de interés con el bien asegurado. En los que exigen la necesidad de un daño a indemnizar, el interés del seguro se determina por el siniestro. Para los sostenedores de un criterio diverso para los seguros de personas, y especialmente en los seguros de vida, la prestación es lo que obliga al asegurador una vez producido el siniestro independientemente de si hubo o no daño. Junto a las coberturas antes mencionadas se pueden añadir otras coberturas como la de deceso, el seguro de supervivencia o el de accidentes personales.

76 SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de contrato de Seguros, Comentario a la ley 50/1980*, cit., p. 1540.

77 SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de contrato de Seguros, Comentario a la ley 50/1980*, cit., p. 1543.

Los riesgos asegurables por este tipo de seguros, pueden abrirse en un abanico de posibilidades que, a modo de ejemplo, abarcan coberturas como el seguro para caso de muerte, el de lesiones corporales, el de incapacidad temporal o permanente, el seguro por enfermedad, el seguro de sobrevivencia y el de accidentes en medios de locomoción pública. Igualmente, en cuanto a su extensión puede abarcar a una persona, a un matrimonio, una familia, el directorio de una empresa, los trabajadores de la misma, a todos y cada uno los estudiantes de una universidad, a los que circulen en los medios de locomoción y un largo etc.<sup>78</sup>.

De esta forma, la extensión que recibirá el asegurado, no tiene la limitación indemnizatoria fijada en el artículo 26 de la LCS, sino que, atendida a la naturaleza jurídica que se le asigna al pago que realiza la aseguradora ante la producción del riesgo, esto es, como una forma de entregar una capitalización por la ocurrencia incierta que el riesgo se produzca. Éstos pueden afectar la existencia misma del asegurado, la posibilidad de que el asegurado sufra lesiones corporales debidas a causas violentas y externas, o a un quebranto de su salud<sup>79</sup>.

De los riesgos descritos previamente, no cabe dudas que todas las modalidades son plenamente aplicables al caso de una catástrofe, es por eso, que veremos brevemente la extensión que puede alcanzar la cobertura del seguro en cada caso. En primer lugar, en cuanto al seguro de vida, al considerarse que, mayoritariamente, el riesgo cubierto por este seguro será la muerte, podría pensarse que existe una regulación restrictiva en cuanto a su funcionamiento, pero conforme lo prescriben los artículos 91 a 93 de la LCS, serán cubiertos por la póliza, incluso aquellos casos en que el asegurado se suicidó, por lo que puede apreciarse que la extensión de su protección resulta ser considerable; y finalmente, nos encontramos con los seguros de accidentes, los que se encargan, conforme al artículo 100 de la LCS, de cubrir cualquier lesión corporal que derive de una causa violenta súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado.

Por lo tanto, al igual que en el caso de los seguros de daños, la legislación se encarga de determinar intereses asegurables de cualesquiera tópicos, fijando en el caso del contrato de seguro de vida que, de acuerdo al artículo 91 del cuerpo **en comentario**, sólo cubrirá los antecedentes entregados a la aseguradora, la extensión de la protección del seguro en los contratos de seguros de persona, por lo que parece tener una protección residual a los elementos no considerados. Por lo que finalmente, en razón del vínculo existente con el CCS se excluyen genéricamente los riesgos de carácter extraordinario sobre las personas, cubiertos o excluidos por el Consorcio de Compensación de Seguros de conformidad con la normativa

78 El artículo 81 de la ley 50/1980 indica expresamente al respecto que: "El contrato puede celebrarse con referencia a riesgos relativos a una persona o a un grupo de ellas. Este grupo deberá estar limitado por alguna característica común extraña al propósito de asegurarse".

79 MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. *Et al.: Lecciones de Derecho Mercantil*, cit. p. 320.



vigente. En el caso de los seguros españoles junto a la indemnización por el contrato de seguros privado el pago se complementa con los fondos del Consorcio de Compensación de Seguros<sup>80</sup>.

## 2. El Consorcio de Compensación de Seguros

El régimen de cobertura de catástrofes naturales tiene sus orígenes en la época inmediatamente posterior a la Guerra Civil, con un desarrollo estrechamente vinculado al Consorcio de Compensación de Seguros. El carácter acotado y de provisionalidad con que fue concebido en sus inicios (año 1941) como Consorcio de Compensación de Riesgos de Motín, se vinculaba a las necesidades indemnizatorias originadas por el conflicto bélico de 1936-1939. La lógica de la intervención pública en la protección y resguardo de los eventos trágicos y catastróficos se mantuvo en el devenir de los años, sirviendo para la cobertura de otros siniestros como los incendios de Santander del año 1941, además de la explosión de minas de Cádiz, el año 1947, y la del polvorín en Alcalá de Henares, en 1948. A la luz de las bondades y beneficios que tenían las instituciones de compensación, la Ley de 16 de diciembre del año 1954, se encargó de integrar los Consorcios de cosas y de accidentes existentes a la sazón, y formar el Consorcio de Compensación de Seguros, a quien se le encargó la exclusiva tarea de indemnizar los riesgos que no sean susceptibles de garantía mediante póliza de seguro privado ordinario, por obedecer a causas anormales o de naturaleza extraordinaria<sup>81</sup>, transformándose en un organismo de carácter permanente.

La actual forma del CCS se configuró con la Ley 21/1990, que aprobó su Estatuto Legal, últimamente modificada en ciertos aspectos por la Ley 20/2015<sup>82</sup>.

80 El papel del Consorcio de Compensación de Seguros, como gran parte del mercado asegurador español, ha debido adaptarse a la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras que entró en vigencia el 1 de enero del 2016 y en lo que respecta al Consorcio de Compensación de Seguros, se introducen modificaciones que afectan, en primer lugar a su Estatuto Legal. Destaca la ampliación del recargo del seguro de riesgos extraordinarios a los seguros obligatorios de responsabilidad civil de vehículos automóviles, lo que dará lugar a la cobertura correspondiente. Asimismo, se habilita al Consorcio para informar a los acreedores por contrato de seguro en relación con los procesos de liquidación de entidades aseguradoras domiciliadas en otro Estado miembro de la Unión Europea en lo que afecte exclusivamente a los contratos de seguro que hubieran celebrado en España. En materia de liquidación de entidades aseguradoras por el Consorcio de Compensación de Seguros se introducen modificaciones en relación con las normas sustantivas y de procedimiento para reforzar los mecanismos de liquidación administrativa en beneficio de los acreedores por contrato de seguro. Por último, se actualiza la regulación de la actuación del Consorcio en los procedimientos concursales, para acompañarla a las modificaciones habidas en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Se establece la obligatoriedad de adhesión a los convenios de indemnización directa regulados por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, para los daños materiales. Para agilizar la asistencia a los lesionados de tráfico, las entidades aseguradoras se podrán adherir a convenios sectoriales de asistencia sanitaria para lesionados de tráfico, así como a convenios de indemnización directa de daños personales. SÁNCHEZ CALERO, F.: Ley de Contrato de Seguro, cit., pp. 744-753.

81 MACHETTI BERMEO, I.: "El Consorcio de Compensación de Seguros: institución única, multidisciplinaria y flexible al servicio del seguro español", en Revista de economía, núm. 833, 2006, pp. 69 – 85, pp. 70 – 71.

82 El papel del Consorcio de Compensación de Seguros, como gran parte del mercado asegurador español, ha debido adaptarse a la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras que entró en vigencia el 1 de enero del 2016 y en lo que respecta al Consorcio

Este cuerpo normativo constituye el marco regulatorio del sistema español de cobertura de los citados riesgos extraordinarios, y a partir de cuya vigencia perdió el Consorcio su monopolio asegurador respecto de aquellos. En el Estatuto se contiene la mínima protección aseguradora que debe proporcionarse a los riesgos incluidos en el sistema.

El Consorcio es una entidad pública empresarial, con personalidad jurídica y plena capacidad para obrar, dotada de patrimonio propio y encuadrada en el Ministerio de Economía y Competitividad a través de la Dirección General de Seguros y Fondo de Pensiones. Cuenta con un consejo de administración integrado de manera paritaria por 14 miembros representantes, tanto de la administración como del sector asegurador español<sup>83</sup>. Esto último significa que la nueva sociedad queda sometida en sus funciones aseguradoras, al igual que el resto de las entidades de seguros privadas, a las prescripciones de la normativa que regula la ordenación y supervisión de los seguros privados, así como de la relativa al contrato de seguro<sup>84</sup>.

Como una forma de contextualizar las funciones del Consorcio podemos indicar que en su operación se distinguen funciones privadas y funciones públicas. Las primeras se extienden a los riesgos extraordinarios sobre las personas y los bienes, los riesgos nucleares, los agrícolas, los derivados de la responsabilidad civil de aseguramiento obligatorio que surge del uso y circulación de vehículo motorizado, los relacionados con el seguro obligatorio de viajeros y con la responsabilidad civil del cazador. Las funciones públicas, como en los seguros de crédito a la exportación y el recargo destinado al sistema de subvenciones<sup>85</sup>.

Según lo dispone el art. 6 del Estatuto legal del Consorcio de Compensación de seguros, esta institución tiene por principal objetivo indemnizar, en régimen

---

de Compensación de Seguros, se introducen modificaciones que afectan, en primer lugar a su Estatuto Legal. Destaca la ampliación del recargo del seguro de riesgos extraordinarios a los seguros obligatorios de responsabilidad civil de vehículos automóviles, lo que dará lugar a la cobertura correspondiente. Asimismo, se habilita al Consorcio para informar a los acreedores por contrato de seguro en relación con los procesos de liquidación de entidades aseguradoras domiciliadas en otro Estado miembro de la Unión Europea en lo que afecte exclusivamente a los contratos de seguro que hubieran celebrado en España. En materia de liquidación de entidades aseguradoras por el Consorcio de Compensación de Seguros se introducen modificaciones en relación con las normas sustantivas y de procedimiento para reforzar los mecanismos de liquidación administrativa en beneficio de los acreedores por contrato de seguro. Por último, se actualiza la regulación de la actuación del Consorcio en los procedimientos concursales, para acompañarla a las modificaciones habidas en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Se establece la obligatoriedad de adhesión a los convenios de indemnización directa regulados por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, para los daños materiales. Para agilizar la asistencia a los lesionados de tráfico, las entidades aseguradoras se podrán adherir a convenios sectoriales de asistencia sanitaria para lesionados de tráfico, así como a convenios de indemnización directa de daños personales. SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro*, cit., pp. 744-753.

83 SORIANO CLAVERO, B.: "El Consorcio de Compensación de Seguros y la cobertura de los riesgos extraordinarios: cobertura de catástrofes naturales en seguros del hogar", en *Actuarios*, núm. 36, 2015, pp. 33 – 40, p. 33.

84 BARRERO RODRÍGUEZ, E.: *El Consorcio de Compensación de Seguros*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2000, pp. 133-135.

85 BARRERO RODRÍGUEZ, E.: *El Consorcio de Compensación de Seguros*, cit., pp. 160 y 161.

de compensación, y sobre la base de una póliza contratada en cualquier entidad privada del mercado, las pérdidas derivadas de acontecimientos extraordinarios acaecidos en España y que afecten a riesgos en ella situados, en las mismas sumas aseguradas y personas beneficiadas que se hayan establecido en la póliza de seguro, que ampara el interés perjudicado. Esta misma norma se encarga de determinar qué debe entenderse por acontecimientos extraordinarios, enunciando entre ellos a los terremotos, maremotos, inundaciones extraordinarias, erupciones volcánicas, tempestades ciclónicas atípicas, caídas de cuerpos celestes, terrorismo, rebelión, sedición, motín, tumulto popular, y los hechos o actuaciones de las Fuerzas Armadas o de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad en tiempo de paz.

El Consorcio, conforme el artículo 8 de su Estatuto, tiene la obligación de asumir el pago de la indemnización referida cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias: 1) que el riesgo extraordinario no esté amparado por la póliza de seguro contratada; 2) que, estando amparados por contrato de seguro los daños derivados de eventos extraordinarios, las obligaciones de la compañía aseguradora que emitió tal póliza no puedan ser cumplidas por haber sido aquella declarada en concurso o que, hallándose en una situación de insolvencia, estuviese sujeta a un procedimiento de liquidación intervenida o ésta hubiera sido asumida por el propio Consorcio. Debe tenerse presente que este sistema, establece lo que a juicio del legislador constituye la mínima protección que debe tener el asegurado frente al tipo de riesgos a que nos referimos. En este sentido, debe tenerse presente que el CCS solo indemnizará en la proporción y límites que la póliza contempla.

### 3. El Consorcio de Compensación de Seguros y la complementación

De esta forma, el Consorcio de Compensación de Seguros es una entidad de Derecho Público “inspirada en el principio de compensación, que ejercita una actividad aseguradora no solo en el campo de la cobertura de los riesgos extraordinarios, sino también en el de los seguros agrarios, del automóvil, del cazador y de seguro obligatorio de viajeros”<sup>86</sup>.

La cobertura de los riesgos extraordinarios es de inclusión obligatoria en las pólizas de accidentes personales, de vida, y de algunos ramos de daños en los bienes. Si tal cobertura no es asumida expresamente por la entidad aseguradora, que emite la póliza ordinaria es el Consorcio de Compensación de Seguros el que obligatoriamente se hará cargo de ella de forma subsidiaria. También se hará cargo el Consorcio de la indemnización que corresponda cuando, cubiertos expresamente los riesgos extraordinarios por una compañía de seguros, no pueda ésta cumplir sus obligaciones de pago por haber sido declarada judicialmente en quiebra o que, hallándose en una situación de insolvencia, estuviese sujeta a

86 SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de contrato de Seguros*, cit., p. 745.

un procedimiento de liquidación intervenida o ésta hubiera sido asumida por el propio Consorcio.

La primera parte del artículo 44 alude a los riesgos derivados de los conflictos armados. Sin duda que su estudio ha resultado muy relevante por las consecuencias que traen consigo este tipo de violentos acontecimientos. Pero se trata de realidades diversas de los fenómenos de la naturaleza a la que atendemos aquí. En el estudio que realizamos nos centraremos en los riesgos extraordinarios. Esos son los que incluyen los desastres naturales como los descritos en el capítulo anterior.

El sistema jurídico español contempla las catástrofes naturales en la ley de contrato de seguros, que se refiere a los riesgos extraordinarios. Se trata de una cobertura que abarca tanto a las personas como a los bienes. Por eso, nos referiremos a los principales riesgos de dichas coberturas.

Por un lado, sólo se tiene derecho a indemnización cuando, ante un evento extraordinario de los incluidos en el sistema, el afectado o víctima cuente con una póliza de seguro, contratada con una entidad privada del mercado, en los ramos que en este mismo punto se detallan. Esto es, el hecho de contratar una póliza en alguno de esos ramos lleva aparejada la cobertura automática de los riesgos extraordinarios, que abarcará a los mismos bienes o personas y por las mismas sumas aseguradas que se contemplen en dicha póliza<sup>87</sup>.

En definitiva, en este caso, puesto que el CCS no emite póliza propia para el aseguramiento de los riesgos extraordinarios, la cobertura de éstos va obligatoriamente unida a una póliza ordinaria, cuya contratación en cualquier compañía de las que operan en el mercado es facultativa, aunque es condición necesaria para tener derecho a indemnización en caso de siniestro extraordinario. Además, y respecto de la citada póliza, el tomador o asegurado ha de encontrarse al corriente del pago del recibo de prima, donde se incluye el recargo del CCS correspondiente a la cobertura de los riesgos extraordinarios.

Debido a lo anterior, los seguros que incorporan esta vinculación con el Consorcio son los correspondientes a las coberturas examinadas. Es decir, los seguros de personas, y específicamente los ramos de vida y accidentes, aunque estas se contraten de forma complementaria a otro tipo de seguro. Igualmente resulta aplicable la operación del Consorcio en los seguros de bienes, y concretamente en los ramos de incendios y eventos naturales.

---

87 CONSORCIO DE COMPENSACIÓN DE SEGUROS: *La cobertura de los riesgos extraordinarios*, cit., pp. 4 y 6.

#### 4. Objetivo del sistema, peligros cubiertos y pérdidas indemnizables

En relación con la cobertura de los riesgos extraordinarios, el objetivo del sistema español es indemnizar en régimen de compensación los siniestros producidos por eventos acaecidos en España y de los daños en las personas por eventos ocurridos en el extranjero. La expresión "riesgos extraordinarios" ha suscitado más de un quebradero de cabeza, debido a constituir una expresión muy general. En efecto, como señala Sánchez Calero "ante la problemática que planteaba la enunciación de determinados hechos como acontecía con la redacción originaria del artículo 44- la vigente ha pasado al extremo opuesto de no hacer enunciación, sino de referirse genéricamente a los "riesgos extraordinarios", los cuales sólo pueden definirse como aquellos que no son "ordinarios"<sup>88</sup>.

Como se ha señalado, las coberturas examinadas pueden ser de dos tipos: los relativos a los peligros naturales y aquellos de carácter político-social (terrorismo, etc.) Es característica del sistema español definir legalmente los peligros que cubre, y lo hace en consideración al enorme potencial de pérdida que son susceptibles de generar de acuerdo con su naturaleza y su comportamiento. Esto es, se tiene en cuenta la cualidad del peligro y no la cantidad del daño producido.

Es decir, no se condiciona la protección a que se produzcan eventos que afecten a un número elevado de asegurados, o a una extensión territorial mínima, ni a que ocasionen daños muy cuantiosos. De esta forma, es posible que el siniestro afecte únicamente a un asegurado, el cual, independientemente del alcance del daño, tendrá derecho a indemnización. Tampoco se requiere que los poderes públicos emitan una declaración oficial de "catástrofe" o "zona catastrófica" (como en el caso chileno), de tal manera que la cobertura es automática para los peligros garantizados una vez ocurrido el siniestro, siempre que se cumplan las condiciones de aseguramiento por parte del afectado.

##### A) Ampliación de la cobertura catastrófica

En el ámbito de las catástrofes naturales los peligros cubiertos por el sistema español son: inundaciones extraordinarias, terremotos, maremotos, erupciones volcánicas, tempestad y caídas de aerolitos. El riesgo más importante en cuanto a volumen de daños producidos es el de inundación. A efectos de cobertura, se entiende por inundación el anegamiento del terreno producido por lluvias o deshielos; por aguas procedentes de lagos con salida natural, de rias o ríos, o de cursos naturales de agua en superficie cuando se desborden de sus cauces

88 SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de contrato de Seguros*, cit., p. 743.

normales. Asimismo, se incluye el embate de mar en la costa, aunque no haya anegamiento<sup>89</sup>.

Respecto a las tempestades quedan incluidos, entre otros, los tornados y los vientos extraordinarios (rachas superiores a los 135 Km. /h), de acuerdo con el reglamento del seguro de riesgos extraordinarios. A efectos de la cobertura, serán pérdidas los daños directos en las personas y en los bienes, así como la pérdida de beneficios cuando sea consecuencia de estos daños en los bienes y represente una alteración de los resultados normales de la actividad económica, derivada de la paralización, suspensión, o reducción de los procesos productivos o de negocio de dicha actividad<sup>90</sup>.

No quedan comprendidos bajo este concepto de inundación la lluvia caída directamente sobre el riesgo asegurado, o la recogida por su cubierta o azotea, su red de desagüe o sus patios, como tampoco la inundación ocasionada por rotura de presas, canales, alcantarillas, colectores y otros cauces subterráneos artificiales, salvo que la rotura se haya producido como consecuencia directa de evento extraordinario cubierto por el Consorcio.

## **B) Complemento público del Consorcio de Compensación de Seguros**

La cobertura actual del Consorcio se verifica una vez que se haya satisfecho el recargo obligatorio del contrato de seguro del ramo, como el de incendio con inclusión de eventos de la naturaleza. En algunos casos es el mismo Consorcio el que los cubre, si se contrató con esta entidad, sin perjuicio de asumir los riesgos extraordinarios.

En el artículo 6.I del estatuto del Consorcio se incluye como riesgos extraordinarios los fenómenos de la naturaleza, como terremotos e inundaciones, junto con otras coberturas como la de motín, o tumulto popular. Indica el estatuto: "A estos efectos, serán pérdidas los daños directos en las personas y en los bienes, así como, en los términos y con los límites que reglamentariamente se determinen, las pérdidas pecuniarias como consecuencia de aquéllos. Se entenderán, igualmente en los términos que reglamentariamente se determinen, por acontecimientos extraordinarios: a) Los siguientes fenómenos de la naturaleza: terremotos y maremotos, las inundaciones extraordinarias, las erupciones volcánicas, la tempestad ciclónica atípica y las caídas de cuerpos siderales y aerolitos. B) Los ocasionados violentamente como consecuencia de terrorismo, rebelión, sedición, motín y tumulto popular. C) Hechos o actuaciones de las Fuerzas Armadas o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en tiempo de paz".

<sup>89</sup> CONSORCIO DE COMPENSACIÓN DE SEGUROS: *La cobertura de los riesgos extraordinarios*, cit., p. 77.

<sup>90</sup> CONSORCIO DE COMPENSACIÓN DE SEGUROS: *La cobertura de los riesgos extraordinarios*, cit., pp. 77-78.

En el artículo 6 el estatuto establece las circunstancias de que el siniestro ocurría en España. A continuación el estatuto señala en su siguiente número: "3. No serán indemnizables por el Consorcio los daños o siniestros siguientes: a) Los que no den lugar a indemnización según la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro. B) Los ocasionados en personas o bienes asegurados por contrato de seguro distinto a aquellos en que es obligatorio el recargo a favor del Consorcio. C) Los debidos a vicio o defecto propio de la cosa asegurada. D) Los producidos por conflictos armados, aunque no haya precedido la declaración oficial de guerra. E) Los que por su magnitud y gravedad sean calificados por el Gobierno como «catástrofe o calamidad nacional». F) Los derivados de la energía nuclear. G) Los debidos a la mera acción del tiempo o los agentes atmosféricos distintos a los fenómenos de la naturaleza señalados en el apartado I. H) Los causados por actuaciones producidas en el curso de reuniones y manifestaciones llevadas a cabo conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, así como durante el transcurso de huelgas legales, salvo que las citadas actuaciones pudieran ser calificadas como acontecimientos extraordinarios conforme al apartado I. I) Los indirectos o pérdidas de cualquier clase derivados de daños directos o indirectos, distintos de la pérdida de beneficios que se delimite reglamentariamente".

La extensión de la cobertura prestada por Consorcio abarca los bienes, personas y sumas aseguradas que se hayan establecido en la póliza de seguros a efecto de la cobertura de los riesgos ordinarios<sup>91</sup>.

Como indica GARCÍA BARONA, el recargo que ha de pagar el asegurado tiene el carácter obligatorio, aun en el supuesto hipotético de que la cobertura de los riesgos extraordinarios no esté a cargo del Consorcio, sino de la compañía asegurada privada, y así dice que la tasa que se aplica a los capitales, tanto en los seguros referentes a bienes como a personas, constituyen un recargo obligatorio que se ha de incorporar en el recibo de las pólizas de aquellos seguros que conllevan cobertura de riesgos extraordinarios, aunque tal cobertura se otorgue por la compañía aseguradora y se pague la prima<sup>92</sup>.

### C) El Consorcio como asegurador

El régimen de cobertura del Consorcio de Seguros contempla las siguientes posibilidades: a) que el riesgo extraordinario cubierto por dicha institución no esté amparado por un seguro privado. B) que esté amparada por una póliza de una aseguradora privada, esta no puede cumplir sus obligaciones contractuales

91 FERNÁNDEZ CABANAS, J.: *El resarcimiento de los daños causados por catástrofes naturales*, cit., p. 119.

92 GARCÍA BARONA, A.: "El Consorcio de Compensación de Seguros y los riesgos catastróficos", en: [ponencias y comunicaciones], Vol. 2, 1997, pp. 401-412 p. 409.

por estar en quiebra, suspensión de pagos o en situación de insolvencia estuviese sujeta a un procedimiento de liquidación intervenida o ésta hubiere sido asumida por la Comisión Liquidadora de entidades aseguradoras.

La cobertura del seguro se extiende exclusivamente a los daños directos "en las personas o en las cosas" como consecuencia de los hechos derivados de los riesgos extraordinarios antes enunciados correspondientes al artículo 6, siempre que afecten a los ramos enunciados en el artículo 7. Esto es: "a) Por lo que se refiere a los seguros de personas, el ramo de vida, en los contratos que garanticen exclusiva o principalmente el riesgo de fallecimiento, incluidos los que prevean, además, indemnizaciones pecuniarias por invalidez permanente o incapacidad temporal, en los términos y modalidades que reglamentariamente se determinen; y el ramo de accidentes, en los contratos que garanticen el riesgo de fallecimiento o prevean indemnizaciones pecuniarias por invalidez permanente o incapacidad temporal. B) Por lo que se refiere a seguros de cosas, los ramos de vehículos terrestres, vehículos ferroviarios, incendio y elementos naturales, otros daños a los bienes, y pérdidas pecuniarias diversas, así como las modalidades combinadas de éstos, o cuando se contraten de forma complementaria. También en el ramo de responsabilidad civil en vehículos terrestres automóbiles".

Por lo anterior, entre las exclusiones se encuentran los riesgos derivados a vicio propio de la cosa asegurada o a falta de mantenimiento, los derivados de siniestros durante la carencia, los daños indirectos o pérdidas derivadas de daños indirectos, y los producidos por fenómenos de la naturaleza diferentes a los enumerados en el artículo 1 de RSRE<sup>93</sup>.

#### D) El Consorcio como asegurador directo

En el contexto de sus funciones privadas, el Consorcio actúa con respecto a los riesgos extraordinarios que le han sido contratados como una verdadera compañía aseguradora. Esta relación surge de un contrato de seguro entre dicha entidad y el contratante, debiendo operar en lo que respecta a los contratos en condiciones equivalentes a las de las entidades aseguradoras privadas<sup>94</sup>.

Asimismo, el Consorcio opera como un asegurador complementario de la cobertura que el asegurado tiene con otra aseguradora, cobrando para tal efecto un recargo, dada la ausencia de una póliza física distinta a la del seguro privado<sup>95</sup>.

93 El artículo 8 del Reglamento de Seguro de Riesgos Extraordinarios (RSRE) establece una carencia de 7 días.

94 SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de contrato de seguro*, cit., p. 749.

95 Una situación diversa a la expuesta, pero que de igual forma guarda una relación palpable con la actividad directa del Consorcio, es aquella en que el Consorcio cubre los riesgos extraordinarios, pese a que estos han sido amparados por los aseguradores privados, para el caso de que éstos no puedan hacer frente a sus obligaciones por encontrarse en situación de insolvencia económica. SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de contrato de seguro*, cit., p. 750.



En las ocasiones en que el Consorcio actúa como asegurador directo<sup>96</sup> de los riesgos extraordinarios, no se verifica un coaseguro o un complemento, ya que los riesgos son diversos y distinguibles. En ese caso se verifica la participación de dos aseguradoras que cubren riesgos distintos. Una de esas aseguradoras es el Consorcio, que por dicha circunstancia puede ser calificado con una participación complementaria en la cobertura total del siniestro. Esta complementación se encuentra subordinada al hecho que el asegurador privado cubra los riesgos ordinarios y extraordinarios. Justamente cuando el privado no puede proceder a cubrir los riesgos extraordinarios, el Consorcio lo hace en la parte faltante.

En cuanto a la forma de operar, debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 8 del estatuto del Consorcio que indica: "El Consorcio estará obligado a satisfacer las indemnizaciones derivadas de siniestros producidos por acontecimientos extraordinarios a los asegurados que hayan satisfecho los correspondientes recargos a favor de aquel y se encuentren en alguna de las situaciones siguientes: a) Que el riesgo extraordinario cubierto por el Consorcio no esté amparado por póliza de seguro. B) Que, aun estando amparado por póliza de seguro, las obligaciones de la entidad aseguradora no pudieran ser cumplidas por haber sido declarada judicialmente en concurso o que, hallándose en una situación de insolvencia, estuviese sujeta a un procedimiento de liquidación intervenida o ésta hubiera sido asumida por el propio Consorcio".

### E) Funciones del Consorcio en otras coberturas

Finalmente, el Consorcio cumple en razón de su estatuto con otras funciones como en algunos casos vinculados a los seguros de responsabilidad civil de los accidentes producidos por la energía nuclear (artículo 9 del Estatuto). Igualmente actuará como coasegurador en la cobertura del riesgo en el seguro agrario (artículo 10 del Estatuto). También le han sido encomendadas funciones especiales, como la de aceptar coberturas no aceptadas en los seguros de responsabilidad civil del automóvil como en las coberturas a favor del cazador y del seguro del viajero<sup>97</sup>.

Como se puede observar las funciones del Consorcio de Compensación de Seguros permiten proporcionar a los contratantes con la tranquilidad y seguridad de que los daños derivados de los riesgos extraordinarios van a ser indemnizados. El hecho de que dicha indemnización la realice directamente la aseguradora o el Consorcio no presenta mayor diferencia para el afectado.

96 El Consorcio tiene una vasta lista de atribuciones como asegurador subsidiario, ejemplarmente podemos resaltar aquellos casos en que debe involucrarse en la cobertura de asegurados que teniendo una póliza con una entidad privada, esta última se encuentra en situación de concurso, o cuando el causante del siniestro es desconocido, como es el caso de los seguros de automóviles. MACHETTI BERMEJO, I.: "El Consorcio de Compensación de Seguros", cit., pp. 77 – 78.

97 SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de contrato de seguro*, cit., p. 752.

Esto no ocurre en Bolivia, Perú o Chile, en que con mayor o menor medida los sistemas de las compañías aseguradoras privadas circunscriben sus indemnizaciones (monto pactado, en el caso de los seguros de bienes, y a la prestación debida en los seguros de personas). Esta diferencia no es solventada o lo es con fondos extraordinarios del presupuesto de la nación debido a la solidaridad.

Es por esta razón que estimamos que el presente estudio resulta relevante, ya que en Sudamérica, se requieren de soluciones integrales exigibles jurídicamente como la proporcionada por el Consorcio de Compensación de Seguros español. Sin dicha complementación, la cobertura de los seguros en este tipo de catástrofes es necesariamente parcial y paliativa circunstancia que además de indeseable para las mismas aseguradoras se puede enfrentar y solucionar mediante la creación de una instancia como el Consorcio de Compensación de Seguros para Bolivia, Chile y Perú

A nuestro entender, las opciones están desplegadas y para dar una respuesta adecuada es necesario combinar las soluciones sin esperar al próximo desastre natural. Los efectos de las catástrofes, tanto en lo que se a personas como bienes, exigen una pronta y definitiva solución. Continuar con remedios paliativos parciales no constituye una verdadera solución. La implementación de la institución del Consorcio de Compensación de Seguros existente en el Derecho español, con todas las experiencias y bagaje que tiene, sentaría las bases de una respuesta adecuada y permanente al sistema de amparo de las catástrofes naturales.

#### IV. CONCLUSIONES

1º) Los desastres naturales son los eventos provocados por los peligros de la naturaleza que abruma la capacidad de respuesta local y afectan gravemente el desarrollo social y económico de una región, constituyen una alteración en la vida del hombre producidos por una manifestación extraordinaria de las fuerzas de la naturaleza.

2º) El Derecho caracteriza los desastres naturales como fenómenos en los que no tiene participación el hombre y por ser sorpresivos, imprevistos, de grandes magnitudes e inevitables.

3º) En el Derecho Español el tratamiento de los acontecimientos irresistibles e inevitables, que se encuentra presente en el Derecho español, considera a los desastres naturales como constitutivos de la fuerza mayor. La incontrolable fuerza de estos fenómenos de la naturaleza constituye el elemento esencial de la fuerza mayor y, por consiguiente en ellos centramos nuestra atención.

4º) Desde la Ley de expropiación forzada en adelante el Derecho español relativo a la responsabilidad de las Administraciones es de naturaleza objetiva y directa y cuyas características podríamos resumir de la siguiente manera: a) Es un sistema unitario en cuanto rige para todas las Administraciones Públicas (estatal, autónoma, local e institucional); b) es general en cuanto a que abarca a todas las actividades administrativas; c) es de responsabilidad directa, por consiguiente no sólo subsidiaria, las actividades por los daños de los funcionarios, sin perjuicio de ejercitar la acción contra los que hubieran incurrido en un ilícito; d) es un régimen objetivo, que prescinde de toda idea de culpa, por lo que no es preciso demostrar su existencia, sin únicamente la realidad de una lesión imputable causalmente a la Administración de que se trate; e) tiende a alcanzar una reparación integral

5º) El examen del derecho español del caso fortuito se sustenta en tres criterios determinantes para diferenciarlo de la fuerza mayor. Un primer criterio considera que la fuerza mayor se identifica con el hecho de la naturaleza, con una fuerza sobrehumana (terremoto, maremoto), mientras que el caso fortuito, es el hecho humano. Es decir, en el primer caso el hecho de ser ajeno al sujeto lo exime de su resguardo, lo que no ocurre en el caso fortuito. Según otro criterio, el caso fortuito impide el cumplimiento de la obligación porque su concurrencia no era previsible empleando una diligencia normal, de modo que, de haberse previsto, habría podido evitarse; la fuerza mayor constituye, en cambio, un suceso que, aunque hubiera sido previsto, no habría podido evitarse, porque no hay fuerza humana que pueda oponerse a ella (incendio, terremoto, guerra), poniéndose el acento, no en la falta de previsibilidad, sino en la irresistibilidad. Se trata de una distinción que tiene apoyo en la definición de sucesos que contempla el art. 1105 Código Civil español. Un último criterio radica en la procedencia u origen del hecho que impide el cumplimiento. Si la procedencia es externa al círculo de la actividad en el que la obligación se desenvuelve, constituye una fuerza mayor (maremoto); y, si es interna, se trata de un caso fortuito.

6º) El Consorcio opera como un asegurador complementario del asegurador privado en cuyo caso cubre los riesgos extraordinarios, si los aseguradores privados no los han de indemnizar. En las ocasiones en que el Consorcio actúa como asegurador directo de los riesgos extraordinarios, no se verifica un coaseguro o un complemento, ya que los riesgos son diversos y distinguibles. En ese caso se verifica la participación de dos aseguradoras que cubren riesgos distintos. Una de esas aseguradoras es el Consorcio, que por dicha circunstancia puede ser calificado con una participación complementaria en la cobertura total del siniestro. Esta complementación se encuentra subordinada al hecho que el asegurador privado cubra los riesgos ordinarios y extraordinarios. Justamente cuando el privado no puede proceder a cubrir los riesgos extraordinarios, el Consorcio lo hace en la parte faltante.

7º) La implementación de la institución del Consorcio de Compensación de Seguros español en países que carecen de esta institución como, Bolivia, Chile y Perú, con todas las experiencias y bagaje que tiene, sentaría las bases de una respuesta adecuada y permanente al sistema de amparo de las catástrofes naturales.

## V. BIBLIOGRAFÍA

BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *Fuerza Mayor y responsabilidad administrativa extracontractual*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2009.

BARRERO RODRÍGUEZ, E.: *El Consorcio de Compensación de Seguros*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2000.

BAEZA PINTO, S.: *El seguro*, Editorial Universitaria, Santiago, 1981.

BROSETA PONT, M; MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, t. II, Tecnos, Madrid, 2015.

CARRASCO PERERA, A.: "Comentario al art.1105 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil y compilaciones Forales*, por M. Albaladejo (Dir): T. XV Vol. I, Editorial de Derecho Reunidas SA, Madrid, 1989.

CASTÁN, J.: *Derecho Civil español común y foral*, Reus SA, Madrid, 1992.

CLEMENTE MEORO, M.: *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

CLEMENTE MEORO, M.: *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

COLINA, R.: *La responsabilidad civil de los Dueños, poseedores y usuarios de animales*, Editorial Reus, Madrid, 2014.

CONTRERAS STRAUCH, O.: *Derecho de seguros*, Thomson Reuters, Santiago, 2014.

CONSORCIO DE COMPENSACIÓN DE SEGUROS: *La cobertura de los riesgos extraordinarios en España*, 2013.

CRISTOBAL MONTES, A.: *El incumplimiento de las obligaciones*, Técnos, Madrid, 1989.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA, Vigésima Edición, Madrid, 1996.

DE PABLO CONTRERAS, P.: *Curso de Derecho civil (II) Derecho de Obligaciones*, Colex, Madrid, 2011.

DÍEZ- PICAZO, L.; GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, 10ª edición, Tecnos, 2013.

DOMÍNGUEZ, P.: *Responsabilidad Patrimonial de la Administración por accidentes de tránsito*, Aranzadi, Navarra 2008.

ESCRICHE, J.: *Diccionario razonado de Legislación y jurisprudencia*, Librería de Garnier Hermanos, París, 1896.

FERNÁNDEZ CABANAS, J.: *El resarcimiento de los daños causados por catástrofes naturales*, Editorial Comares, Madrid, 2015.

GARCIA BARONA, A.: "El Consorcio de Compensación de Seguros y los riesgos catastróficos", en: [ponencias y comunicaciones], Vol. 2, 1997.

GARCÍA ENTERRÍA, E.: *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, Editorial Civitas, Madrid, 1984.

HERNÁNDEZ GIL, A.: *Derecho de obligaciones*, Maribel Artes Gráficas, Madrid, 1960.

JORDANO FRAGA, J.: *La responsabilidad contractual*, Cívitas, Madrid, 1987

LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. Parte General. Teoría General del Contrato*, Barcelona, 1994.

LASARTE, C.: *Derecho de obligaciones, principios de Derecho Civil*, Marcial Pons, Madrid, 15ª Edición, 2011.

LALAGUNA, DOMÍNGUEZ, E.: *Curso de derecho Civil II*, Tirant lo Blanch Valencia, 1992,

LEGUINA VILLA, J.: *La responsabilidad civil de la administración pública*, 2ª Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1983. MACHETTI BERMEJO, I.: "El Consorcio de Compensación de Seguros: institución única, multidisciplinar y flexible al servicio del seguro español", en *Revista de economía*, núm. 833, 2006, pp. 69 – 85.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. Et al.: *Lecciones de Derecho Mercantil*, t. II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.

OLMO GUARIDO, N.: *El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones*, Aranzadi, Navarra, 2004.

PINTO, C.: *Responsabilidad civil derivada de los accidentes de circulación: resolución de conflictos*, Bosch, Barcelona, 2015.

REBOLLEDO, M.: "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración un balance y tres reflexiones", en *Revista de Administración pública*, núm. 150, 1999, pp. 329-340.

SANTOS BRIZ, J.: *Comentario del Código Civil*, T. VI, I. Sierra Gil de Cuesta (Coord.): Ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 126.

SORIANO CLAVERO, B.: "El Consorcio de Compensación de Seguros y la cobertura de los riesgos extraordinarios: cobertura de catástrofes naturales en seguros del hogar", en *Actuarios*, núm. 36, 2015, pp. 33 – 40.

SOTO NIETO, F.: *El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación*, Editorial Nauta, 1965.

SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de contrato de Seguros, Comentario a la ley 50/1980*.

SÁNCHEZ CALERO, F.: *Principios de Derecho Mercantil*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

SANDOVAL LÓPEZ, R.: *Contratos mercantiles*, t. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2015.

VISINTINI, G. "Inadempimento e mora del debitore. Artt 1218-1222", en *il Codice Civile*. Comentario, da SCHLESINGER, (Dir): Milano, Giuffrè, 1987.

RETRATO DE LA JUSTICIA CIVIL EN EL SIGLO XXI:  
¿CAOS O UNA NUEVA ESTRELLA FUGAZ?

*PORTRAIT OF CIVIL JUSTICE IN THE 21<sup>TH</sup> CENTURY: CHAOS  
OR THE BIRTH OF A DANCING STAR?*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 416-445*





Silvia  
BARONA VILAR

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 3 de marzo de 2017

**ARTÍCULO APROBADO:** 4 de mayo de 2017

**RESUMEN:** La neo-modernidad, consecuencia de la globalización, nos presenta la crisis del modelo de Justicia civil tradicional. Una crisis que ha propiciado una metamorfosis de la Justicia: se reconoce el derecho al acceso a la Justicia, pero ésta se presenta como un “Multi-rooms Justice System” en el que conviven los tribunales con las ADR/ODR; es una Justicia cada vez más digital, más ágil, pero demasiado inspirada en el pensamiento economicista, que pone en peligro los valores esenciales de la dignidad y la igualdad de las personas.

**PALABRAS CLAVE:** Justicia civil; Globalización; Neo-modernidad; ADR; ODR.

**ABSTRACT:** Neo-modernity, a consequence of globalization, presents the crisis of the model of traditional Civil Justice. A crisis that has led to a metamorphosis of Justice: the right to access to justice is recognized, but this is presented as a “Multi-rooms Justice System” in which Courts and processes coexist with ADR / ODR; is an increasingly digital Justice, more agile, but too inspired by economic thinking, which jeopardizes the essential values of dignity and equality of people.

**KEY WORDS:** Civil Justice; Globalization; Neo-modernity; ADR; ODR.

**SUMARIO.-** I. LA CONSOLIDACIÓN DEL PARADIGMA DE JUSTICIA CIVIL: PROCESO CIVIL Y TRIBUNALES.- 1. Atisbos de un “modelo” de Justicia en las comunidades primitivas y conformación del mismo en las civilizaciones clásicas y su influencia posterior.- 2. Justicia paradigmática: proceso civil y tribunales.- A) Razón de ser de este modelo. Instrumento del poder.- B) Significado de tutela con proceso y con tribunales.- II. JUSTICIA EN LA ERA DE LA MODERNIDAD. REFUERZO DEL MODELO DE JUSTICIA PÚBLICO (DERECHO A LA TUTELA EFECTIVA).- III. LA SUBLIME TRANSFORMACIÓN DE LA JUSTICIA CIVIL EN EL METAMORFÓSICO SIGLO XXI: ¿CAOS O ESTRELLA EMERGENTE?- 1. Algunas causas de la transformación.- A) La transformación política de la sociedad.- B) Crisis social.- C) Los movimientos interregionales y transnacionales.- D) Aparición del “miedo y la seguridad”, exigencias de prevención y control.- 2. Ruptura de la Justicia paradigmática.- A) Justicia en busca de eficiencia. Profusión legislativa y huidas de la Justicia tradicional.- B) Metamorfosis de la Justicia civil. Tras el caos, la calma.- 3. Justicia en la Neo-modernidad del Siglo XXI. El nacimiento de una “estrella fugaz”.- A) Mayor dotación presupuestaria.- B) Estatuto de jueces y fiscales.- C) Impulso de la Justicia como “derecho” o acceso de todos.- D) Políticas de “papel cero”.- E) De las ADR a las ODR. “The multi-romms Justice System”. Retos y peligros.- IV. BIBLIOGRAFÍA.

---

## I. LA CONSOLIDACIÓN DEL PARADIGMA DE JUSTICIA CIVIL: PROCESO CIVIL Y TRIBUNALES.

La Historia ha arrojado numerosas evidencias de que la sociedad y el derecho se hallan estrechamente anudadas, y ese nexo recíproco de influencia ha sido especialmente palmario en las maneras de afrontar las desavenencias, conflictos y luchas existentes entre los integrantes de la misma. Muy probablemente esa manera de resolver o de solventar las disputas, que desde los tiempos primitivos se canalizó a través de un sistema más o menos conformado y/o regulado, es lo que fue dando origen al modelo de Justicia consolidado a lo largo de los siglos, anclado en la etapa de la modernidad como el paradigma de Justicia; un paradigma que, como veremos *infra*, siempre se diseñó y caminó según considerare el poder gestor de la tribu, comunidad, grupo o sociedad del momento. O, lo que es lo mismo, el control de los integrantes de estos colectivos o sociedades ha sido siempre uno de los objetivos del poder político, fuere quien fuere el que los detentare.

La evolución social a lo largo de la Historia arrastró también a las diversas maneras de plantear la vida, la sociedad, las relaciones personales y las relaciones

### • Silvia Barona Vilar

Catedrática de Dº Procesal en la Universitat de Valencia y actual Presidenta de la Corte de Arbitraje y Mediación (Cámara Valencia), con una destacada trayectoria vinculada al Max-Planck-Institut (Freiburg). Es autora de 17 libros de autoría única, 18 libros como editora y directora, y 464 capítulos de libro, más un centenar de artículos de revista. Doctora honoris causa por la UAGRM (Bolivia) y Örebro (Suecia), dirige el Grupo de Excelencia MedArb (Valencia), con 16 proyectos de investigación, Directora de 17 tesis doctorales, está en posesión de la Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort y es Cónsul de la Lonja de Valencia.

con el Poder, y esa visión claramente polisémica alcanzó igualmente al modelo que garantiza la Justicia, entendida en su acepción global que la idea de derecho, de valor, de estructura e institución, de servicio, en un determinado lugar y en un concreto momento<sup>1</sup>.

*Prima facie*, un buen entendimiento del presente solo se alcanza desde el conocimiento del pasado y solo desde él se es capaz de prever o siquiera influir en alguna forma en lo que nos deparará el futuro. De ahí la necesidad de escudriñar en esa evolución histórica el significado y la justificación de las normas, fruto de las coordenadas propias de un momento y un lugar determinado.

### **I. Atisbos de un “modelo” de Justicia en las comunidades primitivas y conformación del mismo en las civilizaciones clásicas y su influencia posterior.**

La estrecha vinculación antes referida de la sociedad-comunidad con el derecho ha presentado diversos momentos y sobre todo diversas maneras de responder ante los ataques, discrepancias o diferencias existentes a lo largo de las diversas etapas de la Historia, o si se quiere, una manera completamente diversa de afrontarlas, ofreciendo una suerte de modelo de Justicia<sup>2</sup>.

Así, en tiempos primitivos las respuestas de las comunidades o tribus a las afrentas, ofensas o discrepancias quedaban condicionadas por la concurrencia de una pluralidad de factores, que coincidían en la creación de unas “reglas” de actuación dentro y fuera del grupo o colectividad; grupo que en gran medida quedaba identificado por elementos como la lengua, el origen, la proximidad territorial, la organización y en su caso jerarquía. Todos estos componentes permitían la conjunción de un conjunto de normas de actuación que podían considerarse como el germen del “derecho”; un modelo a todas luces consuetudinario, en el que los componentes de la magia y la divinidad estaban también presentes en la respuesta que pudiese efectuarse ante las afrentas al grupo. En todos ellos concurría un dato remarcable a los efectos que nos interesa: la ausencia de un modelo monolítico que permitiera responder, cuestionar o sancionar cuando las normas consuetudinarias fueren trasgredidas.

La aparición de las primeras civilizaciones, Mesopotamia, India y Egipto y las civilizaciones clásicas como Grecia y Roma, propiciaron la transformación de lo que los historiadores del derecho denominaron “ordenamientos jurídicos no

1 BARONA VILAR, S.: ““Justicia Integral” y Access to Justice. Crisis y evolución del “paradigma””, en A.A.VV.: *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia* (Editora: S. BARONA VILAR), Thompson Reuters-Civitas, Pamplona, 2016, pp. 31 y ss.

2 Una evolución *ad extensum* puede verse en BARONA VILAR, S.: *Proceso penal desde la Historia. Desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

formulados<sup>3</sup> a la evolución hacia una suerte de regulación u orden jurídico propio. En gran medida esa evolución se produjo como consecuencia de los asentamientos en territorios por parte de los grupos o comunidades, generando un signo de pertenencia, que favoreció la aparición de las civilizaciones y con ellas obviamente la necesidad de una serie de reglas de convivencia *ad intra* entre los miembros de la misma y *ad extra*, respecto de otros grupos, dando lugar paulatinamente a la aparición de lo que se denominó el “orden jurídico”, que incorporaba las normas a respetar, así como las vías que se consideraban adecuadas para solventar esos conflictos.

Surgieron las primeras manifestaciones del sistema de enjuiciamiento. Inicialmente las *legis actiones* romanas, seguidas de la ley *aebutia* del período republicano, y el posterior *procedimiento extraordinario* romano de Diocleciano (en la época del Imperio), con un modelo escrito, formal, lento, que inspiró las Siete Partidas, en concreto la Partida III (Derecho Procesal y Organización de los Tribunales de Justicia) que, aun cuando durante algún tiempo convivieron con un marcado localismo jurídico y una gran dispersión normativa -con aplicación del Fuero Real o Fuero Juzgo, según los lugares-<sup>4</sup>, pervivieron durante Siglos hasta la aprobación de la Nueva Recopilación de la Leyes de Castilla y la Novísima Recopilación de las Leyes de España de 1805, que inspiró las legislaciones de las colonias americanas.

Debe destacarse a este respecto que fueron siglos en los que el proceso civil era la única vía reconocida para ofrecer una respuesta procesal adecuada a los intereses privados. Y ello, aun cuando el arbitraje convivía con el proceso civil, pero más en la teoría que en la práctica, de manera que a medida que el poder político se fue consolidando, también el poder quiso controlar el medio por el que los súbditos podían resolver sus disputas.

El proceso civil era una vía compleja, lenta, costosa, y con muchas complicaciones. Paralelamente se incorporan procesos plenarios rápidos para determinadas pretensiones, exigencias de la sociedad mercantil italiana del S XIV. En España aparecieron los tribunales especiales comerciales denominados Lonjas o Consulados (con oralidad del procedimiento, conciliación previa obligatoria, prohibición de intervención de abogados, aumento de las facultades del juzgador).

3 GARCÍA-GALLO, A.: *Manual de Historia del derecho español, I. El origen y la evolución del Derecho*, 10 ed., Madrid, 1984, p. 180. Considera este autor que “existe una conciencia o convicción común que todos comparten sin necesidad de que nadie la haya definido y exteriorizado; que está viva y latente en el espíritu de todos. Aun sin haber sido expresado, todos coinciden en apreciar de la misma manera lo que es justo e injusto, lo que puede hacerse y lo que no es lícito”.

4 Como señala MONTERO, no se trata de que no hubiera leyes, que las había, en cuanto eran consuetudinarias, sino de que el monarca no tenía demasiado interés en legislar, en cuanto entendía que era misión de la sociedad, no suya. Y es precisamente a partir del S XIII cuando éste muestra interés por legislar para ir centralizando la norma y evitando la dispersión legislativa. MONTERO AROCA, J.: *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*, Tirant lo Blanch, 25ª ed., Valencia, 2017, p. 38.

Esta situación bipolar se mantuvo hasta la codificación del S XIX, conviviendo dos modalidades, una referida a cuestiones de naturaleza civil, privadas, con un modelo escrito, complejo y formal; y otra, basada en la oralidad, la agilidad, la flexibilidad para las disputas comerciales. Esa dispar y compleja situación se intentó paliar con la aprobación del Código de Comercio de 1929 y de la Ley de Enjuiciamiento sobre negocios y causas de comercio de 1930, hasta la posterior aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855. La influencia que el ordenamiento jurídico español tuvo en América Latina fue incuestionable e incluso tras la independencia de muchas de las colonias, el ordenamiento jurídico seguía las pautas que venían del sistema jurídico español. Hubo de pasar años para que se fueren constituyendo los órganos adecuados para legislar de acuerdo con las necesidades propias y con criterios diversos de los que habían incorporado el modelo español. Es indudable que la simbiosis entre ambos ha estado presente e incluso en la actualidad sigue manteniéndose una gran reciprocidad e influencia jurídica, aun cuando en la actualidad la situación de la Justicia ha venido a ser alterada por otros condicionantes que iremos analizando en las páginas posteriores.

## 2. Justicia paradigmática: proceso civil y tribunales.

Muy probablemente, aun cuando se hace referencia al paradigma de Justicia o a la justicia paradigmática fruto esencialmente de la Modernidad, lo cierto es que el diseño de la misma se gestó a lo largo de la Edad Media y en ese diseño intervinieron los dos grandes poderes, el poder político y el poder eclesial.

Por un lado, el poder político vino de la mano de los reinados y los señores feudales, quienes asumían una suerte de modelo de justicia que se basaba en el control absoluto del monarca o del señor sobre sus súbditos; un control que implicaba el dominio sobre ellos, sus tierras, sus bienes, su trabajo, etc, y paralelamente se erigían en defensores de “los suyos”, configurando una manera de dar “justicia”, que también afectaba al modo de resolver las disputas que pudieren existir entre sus propios súbditos o por el incumplimiento o la infracción de las normas de estos sistemas políticos centralizados.

Por otro lado, el poder eclesial, omnipresente y anudado a la política y a la gestión; la convivencia entre el poder político y el poder eclesial fue una constante en el *iter* histórico y especialmente en el periodo de la Edad Media el poder de la Iglesia fue tremendo, y no solo en la gestión y mandato, sino también fue quien diseñó el modelo de universidades, por ejemplo, los contenidos y formación que se otorgaban en las Universidades, y favoreció precisamente que los docentes fueren eclesiásticos, que eran los que inicialmente conocían el latín, que era la lengua científica por excelencia, y que además conocieran el sistema jerárquico y patriarcal necesario para diseñar el ordenamiento jurídico correspondiente.

Esa simbiosis cumplió un papel esencial en la configuración de un sistema de justicia en aquel momento, con principios de control y de jerarquía, con parámetros de obediencia y sanciones, y con criterios procedimentales inspirados en las maneras políticas del momento.

### **A) Razón de ser de este modelo. Instrumento del poder.**

La razón de ser de esta decisión fue política. A medida que se iba conformando un poder político fuerte (poder político puro o poder político eclesial) y apareciendo las civilizaciones y la idea de la *polis* fue consolidándose y dando paso a un modelo social asentado en la idea de Estado –el Estado al que se refirieron entre otros Hobbes y Maquiavelo-, éste fue construyendo las coordenadas esenciales para su fortalecimiento (el Estado no era meramente representativo, sino que asumía el control político, social, gobierna, controla y protege, todo y que estas funciones dependían en gran medida del significado que se le fue otorgando al Estado a lo largo de la historia), de manera que también resultaba absolutamente imprescindible la delimitación de estos procesos –civil y penal- que permitieran, bajo el control legal y su aplicación bajo las directrices del poder político, que los conflictos se canalizaran por estos medios. Y, evidentemente, el instrumento político –o mejor, instrumento del poder, sea cual fuere- llamado proceso favorecía la solución de los conflictos entre las partes. Es decir, su función era la de garantizar la paz social a través de la conformación de un medio que ofreciera, desde el Estado, la solución de las diferencias o conflictos suscitados entre los integrantes de la sociedad. Paz social y solución de conflictos entre particulares eran pues los elementos funcionales que había que atribuir a ese instrumento diseñado.

¿Significaba que era exclusivo para solventar disputas civiles o de naturaleza privada? La respuesta es negativa, dado que mientras poco a poco se va conformando el proceso penal como único medio a través del cual es posible recriminar las conductas más reprochables socialmente, el proceso civil es *un* cauce, el que ofrece la sociedad-comunidad a sus miembros, pero no es exclusivo ni excluyente. La razón de esta opción se asienta en la clara división entre: lo penal y lo no penal; lo penal es lo público exclusivamente, es área del Estado de forma única y exclusiva; lo no penal es disponible, es controlable y decidible por quienes se hallan inmersos en ello, es decir, las potenciales partes del mismo; lo que hay en juego son intereses particulares.

Ahora bien, los vaivenes políticos, el endurecimiento de los sistemas políticos, el fortalecimiento del Estado y con ello el control público cada vez mayor respecto de la esfera privada o particular y de los intereses particulares, llevaron a fomentar el cauce estatal, que era el proceso civil, con abandono en la práctica de instituciones que continuaban en las leyes pero con poco pulso como eran la conciliación o el arbitraje.

Así, la conformación legal de este proceso judicial del Estado y la preparación de los abogados en el manejo de las técnicas procedimentales fueron poco a poco expandiendo esa idea de que conflicto implicaba "litigio". Y especialmente en las culturas de corte continental este modelo ha promovido una cultura litigiosa frente a las que provienen del modelo *common law*.

Así surgió el modelo clásico de paradigma –modelo estandarizado- de Justicia<sup>5</sup>, que se estructuraba y presentaba en y desde los Tribunales de Justicia (nacionales) y los procesos judiciales (nacionales).

## B) Significado de tutela con proceso y con tribunales.

Si hasta aquí hemos ido exponiendo cómo se configuró esa idea de tutela desde lo público, desde el Estado, a través del proceso civil y de unos órganos del Estado que se denominaban y se denominan tribunales, habrá que avanzar en la significación de qué supuso ese reconocimiento de la tutela con proceso y con tribunales.

1. En primer lugar, supuso el abandono de la "autodefensa", incluso de la Ley del Talión, que era hasta cierto punto una fórmula más civilizada que la autodefensa, en cuanto la respuesta era proporcionada y equilibrada frente a la afrenta o la quiebra de las reglas de la comunidad. Es decir, el "ojo por ojo, diente por diente" otorgaba una aplicación implícita de la proporcionalidad de la respuesta al quebrantamiento realizado, dado que respondía con la misma moneda la afrenta realizada.

2. En segundo lugar, suponía la aparición de un modelo "estático" con una trilogía de sujetos. Es lo que Alcalá Zamora<sup>6</sup> denominó "heterocomposición", es decir, un tercero se coloca *supra partes*, resolviendo la controversia existente entre ellas, y lo hace de forma imperativa, imponiendo la solución a la misma. Este tercero se caracteriza por su "ajeneidad" respecto del proceso y respecto de quienes intervienen como partes en el proceso. Ese tercero gozaba de facultad para decidir –resolvía el proceso- y para posteriormente ejecutar si es que las partes no cumplían voluntariamente, a solicitud de parte. Es decir, eran terceros investidos de *autoritas* (tanto los jueces como los árbitros), como de *potestas* o *imperium* (solo los jueces, con capacidad coercitiva para hacer ejecutar lo juzgado).

5 Explica KUHN, T., en su obra *Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, Ed. Suhrkam, Frankfurt, 1962, p. 57, el sentido de "paradigma", vinculada a la idea de modelo, de standard, de matriz, que de alguna manera queda asentado en una comunidad, un grupo. Aun cuando aplicada la comunidad científica, puede entenderse que los diversos conceptos a que se refiere, "matriz disciplinaria, paradigma científico, estandarización de parámetros", pueden ser aplicados a esa idea de lo que forma parte de lo común, lo que es familiar (*Familiennähnlichkeit*), que pueden ser altamente representativos de lo que se pretende referenciar cuando nos referimos al paradigma de Justicia.

6 ALCALÁ ZAMORA, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución a los fines del proceso*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000. Fue en esta obra (obviamente en edición anterior) cuando se comenzó a emplear la distinción entre autocomposición y heterocomposición.

Y en ese modelo estático o de trilogía, amén del juez o magistrado (unipersonal o colegiado) que impone la solución, se ubican de forma confrontada, en contradicción, si bien en pie de igualdad procesal, las partes –quien pide y aquel frente al que se pide-, manteniendo la dualidad de posiciones para que exista el proceso. Durante siglos las partes del proceso civil se erigían en las dueñas del proceso, lo que significaba no solo que entraban en el proceso porque querían, sino también que podían salir del proceso cuando querían y manejar las facultades de dirección del proceso en ciertos casos a su impulso.

3. En tercer lugar, el modelo estático afectaba igualmente a la configuración de la vía o cauce procedimental establecido. Se delimitaba en su regulación el procedimiento, con sus fases, sus características, sus tiempos, los sujetos y su papel, y la estructura que debía respetarse a estos efectos. Con ello se otorgaba seguridad jurídica, proveniente en gran medida de esa configuración como “modelo estático” a la hora de plantear, probar, cuestionar, refutar y resolver las disputas que se hubieren podido presentar.

Fue paulatinamente convirtiéndose en el mejor de los instrumentos de tutela de los ciudadanos y es por ello que dio lugar al modelo de Justicia paradigmático, el común, el seguro, el normativamente establecido, que propició una percepción política y ciudadana de que no había más tutela más allá del proceso civil y de los tribunales.

## **II. JUSTICIA EN LA ERA DE LA MODERNIDAD. REFUERZO DEL MODELO DE JUSTICIA PÚBLICO (DERECHO A LA TUTELA EFECTIVA).**

El devenir histórico arrastró una evolución en lo económico, en lo demográfico, en lo cultural, en lo político, en lo religioso, etc., desde los que se insufló una sociedad diversa, con unas constantes diversas, un desarrollo, palmario, unos sujetos con intereses complejos y luchas por conquistar espacios anteriormente inexistentes o vedados. Poco a poco estas transformaciones dieron paso de las sociedades primitivas a la era de la modernidad (período comprendido entre el Siglo XVII y finales del Siglo XX), consolidándose la denominada “sociedad occidental”.

Es tremendamente importante considerar que las transformaciones en el ámbito político fueron espectaculares. Una metamorfosis de la sociedad se hizo presente y con ella, con esa aparición de las ciudades, de la sociedad civil, y el modelo de Estado evolucionó, abandonando el feudalismo, dando visibilidad a los integrantes de la sociedad, a los administrados y a los ciudadanos, en un mundo en el que la economía capitalista asumía un rol protagónico, abandonándose sociedades agrarias y caminando hacia una economía predominantemente industrial; y en sede religiosa, se produjo el fin de la influencia monopolística de la Iglesia católica con



el impulso del protestantismo y posterior secularización de la vida. En el ámbito demográfico se experimentó una importante migración de las áreas rurales a las ciudades y poblaciones grandes. En este periodo se consolidaron los Estados-naciones, con sus propios límites nacionales y el aumento y caída de las dinastías<sup>7</sup>.

Ese fortalecimiento de lo público, del Estado, incidió en la conformación de un ordenamiento jurídico en dos mitades, que tuvo una incidencia fundamental en la consideración de dos maneras, dos vías, dos grupos de principios y dos manifestaciones de alcanzar la tutela, en función de la concurrencia de intereses predominantes<sup>8</sup>: Por un lado, aquel que se consagraba como “parcela” exclusiva del Estado, por tratarse de un orden en el que se configuran las conductas más reprochables para la sociedad, la comunidad, y por tanto con respuestas fijadas específicamente y que solo es posible aplicar a través del medio –proceso penal- y a través de unos órganos públicos –los tribunales-; y, por otro, un orden de regulación de las relaciones jurídicas interpersonales, comerciales, económicas, laborales, etc, que, amén de estar determinadas en ese orden jurídico, responden a criterios diversos en los que el Estado, según el momento, ha permitido una cierta o una total disponibilidad para quienes se hallan afectados por las mismas; en este caso, ofrece libremente un cauce o instrumento para resolver los conflictos –el proceso- y unos órganos, los suyos, -tribunales- para otorgar la tutela pretendida. Así, el orden penal es “lo público”, exclusivo del Estado, y el orden *no penal* es el disponible, aunque el Estado está siempre presente si los ciudadanos quieren. Este paradigma ha venido acompañando al mundo contemporáneo y en las sociedades modernas se ha construido un modelo jurídico de tutela que ha implementado un enorme crecimiento del control estatal sobre la tutela de los ciudadanos, en cualquiera que fuere el ámbito conflictual.

Por otra parte, el protagonismo estatal avanzó a través de los diversos modelos (liberalismo, capitalismo, socialismo, totalitarismo, neoliberalismo, etc), convirtiéndose en el marco del primer constitucionalismo moderno en un Estado protector. Desde esta visión se generan no solo las estructuras –que también-, sino una conciencia colectiva, apoyada legal y constitucionalmente, en el paradigma de justicia estatal, con tribunales y procesos judiciales. Fue consagrándose el reconocimiento constitucional del proceso como derecho, y no como un mero derecho, sino como un derecho fundamental y garantía de los ciudadanos. Las Constituciones modernas del Siglo XX y del Siglo XXI así lo reconocen, surgiendo el *derecho a tutela judicial efectiva* o *derecho al debido proceso* o lo que en el modelo anglosajón se denomina como el derecho al *access to Justice*.

7 HUDSON, B., *Justice in the Risk Society: Challenging and Re-affirming “Justice” in late Modernity*, 2003, p. 3.

8 MOMMSEN, T.: *Derecho Penal Romano*, Ed. Temis, 2ª ed., Santa Fé de Bogotá, 1999, p. 3.

Obviamente, en materia procesal civil esto implicaba un cambio político de perspectiva, a saber, ya no se trataba tan solo de una cuestión meramente de partes, sino que el Estado asumía el rol político que iba más allá de configurar las normas del procedimiento. Un modelo procesal que permitiera sentir a la ciudadanía que era la vía adecuada, la más adecuada, para resolver sus conflictos y para ello no bastaba regular el procedimiento, sino exigir la preparación adecuada de los actores en el mismo, esencialmente de los operadores jurídicos, tanto de los representantes y asesores de las partes, como de los mismos integrantes del poder judicial. Así, el paso esencial se produce cuando comienzan a establecerse las normas específicas en torno al ingreso, ascenso, traslado en la carrera judicial, las normas que regulan la independencia y la exigencia de responsabilidad en caso de truncar aquéllas, amén de la configuración de los medios adecuados para examinar y determinar la posible concurrencia o no de las condiciones que llevarán a entender concurrente la parcialidad de los jueces y la necesidad de su abstención o de su recusación.

Un modelo que tiene vocación garantista y que genera expectativas entre los ciudadanos, quienes consideran el proceso, también el civil, como el instrumento para garantizar el derecho a poner en marcha el aparato del Estado, con sus órganos específicos –los tribunales de justicia–, el derecho al acceso a la Justicia, sin discriminación por razón de la situación económica, la raza, el sexo, la religión, etc. La metamorfosis estaba servida: la Justicia se presenta como parte de “lo público”, por lo que las exigencias de la ciudadanía respecto de políticas públicas en torno al proceso se hacen indiscutibles, favoreciendo con ello una visión de Justicia como verdadero “derecho” de los ciudadanos. Más allá de ese reconocimiento legal y constitucional, solo el firme convencimiento de las políticas públicas en el fomento y sobre todo la mejora y adaptación a la realidad del S. XXI exigen una constante transformación y mejora de los instrumentos, los sujetos y las estructuras que hacen posible la realidad del derecho al acceso a la Justicia de los ciudadanos, o el derecho al proceso debido.

### **III. LA SUBLIME TRANSFORMACIÓN DE LA JUSTICIA CIVIL EN EL METAMORFÓSIKO SIGLO XXI: ¿CAOS O ESTRELLA EMERGENTE?**

Si bien ciertamente los Siglos XIX y XX fueron trascendentales para afianzar el modelo de proceso civil de la modernidad (con la Ilustración, la conquista de los derechos, los movimientos sociales, la revolución industrial, el fortalecimiento del Estado, la aparición de las identidades nacionales, etc), los acontecimientos se han ido precipitando desde finales del Siglo XX y especialmente en los algo más de tres lustros del Siglo XXI.

## I. Algunas causas de la transformación.

Son muchas y variadas las transformaciones que hemos experimentado desde finales del Siglo pasado y en los que llevamos del Siglo XXI. Vamos a referirnos a algunas de ellas y cómo han influido de forma palmaria en la transformación de la Justicia.

### A) La transformación política de la sociedad.

Atrás quedaron las conquistas del Estado social, desde el que el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva permitía que el ciudadano ejerciera el derecho a tener derechos. Se fue retroalimentando una pérdida de percepción de tutela o protección por parte del Estado. En esa evolución político-social se ha producido un palmario trasvase del Estado social al Estado neoliberal y postmoderno, en el que se inspiran y se miden las políticas públicas desde y con criterios economicistas. Esa visión economicista no es sino el fruto del poder omnímodo del mercado, que de forma global inspira las decisiones no solo de los órganos políticos nacionales, sino también de organismos e instituciones supranacionales e internacionales. Todo se cuenta y se mide mediante criterios de eficiencia y sostenibilidad.

El Estado se reduce, se minimiza, restringe su capacidad de decisión y asume las decisiones impuestas desde fuera, desde los lobbies económicos, desde las grandes superficies, desde los pensadores internacionales. Es lo que en la doctrina alemana ha venido a denominarse como *Estado atópico*<sup>9</sup>, un Estado patológicamente afectado por una palmaria reducción de soberanía, de capacidad de decidir. Todo se mueve desde una visión de *eficientismo* que afecta a todo, incluida la Justicia y las políticas públicas en torno a la misma. Podemos pensar en la globalización economicista, el aumento de las desigualdades reales y sociales, el vivir los acontecimientos en tiempo real, la invasión de la tecnología, el impulso de los movimientos transnacionales, el culto a lo económico –la eficiencia-. Paulatinamente se ha dado paso a una sociedad sin fronteras, con un tráfico jurídico más fluido y sencillo, con muchas dosis de uniformidad y con claras pérdidas de identidad individual, social e incluso estatal. En ese contexto surge una nueva realidad en materia de Justicia.

---

9 Sobre el concepto de "atopia" aplicado a la consideración de sociedad atópica puede verse WILKE, H.: *Atopia. Studien zur atopischen Gesellschaft*, Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 2001, pp. 7 a 62, quien construye el concepto desde su consideración de la "deconstrucción de la utopía". El sentido y significado de Estado atópico a nuestro parecer puede casar muy bien con lo expuesto sobre el Estado minimizado, residual pero Estado a la postre que no desaparece pero que queda claramente "desubicado" o "deslocalizado" (sin lugar), significado que tiene el término griego *atopia*.

## B) Crisis social.

La crisis económica que tanto daño ha causado a las sociedades modernas es el fruto de la quiebra de los grandes gestores de la riqueza, los bancos y los operadores bancarios y financieros. Las diferencias entre los ricos y los pobres son cada vez mayores y los conflictos se acrecientan de forma exponencial. Es impresionante observar el efecto dominó que la crisis bancaria y financiera ha propiciado en las sociedades occidentales, en los pequeños comercios, en las grandes superficies, en la caída del consumo, en la crisis bancaria, en la pérdida de ahorros, en el masivo desempleo, en las pérdidas de viviendas y un largo etcétera que ha venido mostrando en este Siglo XXI un panorama desolador; un panorama que ya no podía verse especialmente centrado en determinados países, sino como una cuestión planetaria, dada la interrelación entre todos los países y sobre todo las economías de mercado potentes y transnacionales<sup>10</sup>. El feroz consumismo ha invadido todas las esferas de la vida y ha ido incluso alterando los parámetros garantistas de los derechos de las personas, de los ciudadanos, fomentando y preferenciando los derechos de los consumidores. No en vano se ha sabido mantener que el consumidor es el árbitro de la economía y, por ende, hay que mimarlo, dado que sin consumo no hay economía y sin economía no hay vida.

Estos principios economicistas han dado paso a una verdadera crisis mundial, una crisis económica que ha arrastrado una crisis de valores, una crisis de la humanidad. El desequilibrio al que nos referimos presenta una sociedad en la que los ricos son cada vez más ricos y los pobres, cada vez más pobres; ha fomentado sociedades que conviven y se superponen, pero no integradas, sino segregadas. Basta pensar en los núcleos urbanos, en los que esa separación entre ricos y pobres es fácilmente visible, desde las viviendas, los automóviles, los comercios y los colegios. Una compartimentalización social que genera desencanto, frustración, descontento, criminalidad y litigiosidad. Es un paisaje inquietante que arrastra un aumento en cantidad y calidad de la litigiosidad, generando lo que OLSON denominó "litigation explosion"<sup>11</sup> cuando retrataba la situación en la que se hallaba la Justicia americana, considerando que esa explosión tenía una clara incidencia letal en el modelo de Justicia, propiciando un aumento en la duración y coste de los litigios, afectando a los ciudadanos, incrementando la carga de trabajo de los tribunales y especialmente generando una palmaria inoperancia del Estado para ofrecer a la ciudadanía un modelo rápido, eficaz y accesible de resolución de litigios.

10 BARONA VILAR, S., "Proceso civil y penal ¿líquido? en el Siglo XXI", en BARONA VILAR (ed.): *Justicia Civil y penal en la era global*, Tirant lo Blanch Alternativa, Valencia, 2017, p. 33.

11 OLSON, W. K.: *The litigation explosion: what happened when America unleashed the lawsuit*, 1991. Olson considera que existe una enorme responsabilidad de los abogados en esa explosión de la litigiosidad. Y cita precisamente a Shakespeare, en su obra *Henry VI* cuando éste manifestaba que había que matar a todos los abogados (*kill all the lawyers*), considerando que éstos incurrían en una gran responsabilidad por el negocio que se ha creado en torno a la litigiosidad.

### C) Los movimientos interregionales y transnacionales.

Una de las consecuencias de la globalización ha sido la aparición y consolidación de los movimientos interregionales. Tras un periodo de consolidación de los Estados-nación, vinculados a un territorio, hemos visto crecer un movimiento migratorio, un intercambio de bienes, productos, servicios, la aparición de grupos económicos y de organizaciones interregionales, económicas, políticas y hasta culturales. Todo ello ha favorecido inicialmente una mejora social, educativa, cultural, creciendo las poblaciones y favoreciendo claramente las expectativas evolutivas de la población, acercando más unas naciones a otras. Han aparecido organismos supranacionales que velan por determinados valores de la Región, como ha sido la Unión Europea, el Mercosur, el Unasur, el SICA, cayeron muros, desaparecieron las visas, se facilitó la movilidad económica y humana y pareciera que el mundo se hallaba vinculado por lazos que cada vez más abrían puertas y permitían la permeabilidad social y cultural.

Si esa fue hasta cierto punto la fotografía que podía encontrarse a finales del Siglo XX e inicio del Siglo XXI, la crisis económica de este siglo ha propiciado un descontento generalizado, ha fomentado la reincorporación de restricciones y límites tanto a la movilidad como a la comercialización de productos. Cerrar puertas que fueron abiertas es siempre complicado y generar grupos nacionales, con identidades propias, puede también propiciar segregaciones, racismo y xenofobia. Es lo que encontramos en las sociedades modernas, tecnológicas, avanzadas, llenas de soledades y de desencanto.

### D) Aparición del “miedo y la seguridad”, exigencias de prevención y control.

La sociedad actual muestra un creciente sentimiento de vivir bajo la *difusión global del alarmismo y de los sentimientos de miedo e incertidumbre*<sup>12</sup>; un miedo que se ha ido inoculando por múltiples razones: crisis económica, laboral, incremento del terrorismo, degradación y desastres medioambientales, incremento de la pobreza y de la mendicidad, despliegue de las tecnologías de la información que transmiten en tiempo real –mostrando una presencia masiva en la cotidianeidad- desastres, accidentes, criminalidad, política mundial, y un largo etcétera de violencias nacionales e internacionales. Y unas respuestas de los legisladores que han ido expandiendo el derecho penal y generando una maximización de la respuesta penal por encima de cualquier otra.

No se trata de afirmar que los conceptos de miedo, riesgo no existían, sino que la globalización los ha deglutido y ha creado lo que Beck denominó la *sociedad del riesgo*, en la que han ganado un enorme protagonismo los riesgos globales,

12 ORDOÑEZ, L.: “La globalización del miedo”, *Revista de Estudios Sociales*, n. 25, diciembre 2016, Bogotá, p. 95.

esos que pueden alterar nuestra cotidianeidad, nuestra rutina, en cuanto se pueden extender a todos los ámbitos de la vida<sup>13</sup>. El retrato que se ofrece de esta sociedad de riesgo transmite un pensamiento negativo, una manera pesimista de afrontar la vida, propiciando un enorme desencanto y frustración, que, lejos de favorecer la conducta reivindicadora, han ido generando una suerte de conformismo o inactivismo<sup>14</sup>, muy similar a la sociedad bajo vigilancia que describía en 1949 George Orwell en su obra *1984*. Es, en suma, lo que BAUMAN describe como *vigilancia líquida*, que consiste en demostrar y explicar que los detalles más insignificantes de nuestras vidas son registrados y examinados como nunca antes se hizo, con un elemento que es realmente conmovedor: con frecuencia los vigilados colaboramos voluntariamente con los vigilantes, aun cuando surge como bien expone Bauman la pregunta de quién vigila a los propios vigilantes<sup>15</sup>. Esas sensaciones de aislamiento y desamparo han sedimentado una gran vulnerabilidad en los seres humanos, quienes se muestran, ante tanto caos, pánico y miedo, mucho más frágiles, dado que, como apunta BAUMAN, *la inseguridad nos afecta a todos, inmersos como estamos en un mundo fluido e impredecible de desregulación, flexibilidad, competitividad e incertidumbre endémicas*<sup>16</sup>. Se aprovecha un momento de desasosiego, de inquietud, para propiciar una liquidación del marco institucional sobre el que se asentó la modernidad, desde un enorme minimalismo estatal, dirigido desde instancias supranacionales e internacionales, cabalgando, por exigencias del mercado, hacia una desregulación galopante, y ante una cadena de incertidumbres que propician ese desasosiego.

## 2. Ruptura de la Justicia paradigmática.

La idea de Justicia social acompañó una larga etapa en el Siglo XX al estado social y con él al modelo de Estado del bienestar. Estos modelos políticos constitucionales jugaron un papel trascendental en el reconocimiento de los derechos fundamentales, y en la incorporación en los mismos del derecho al proceso debido o el derecho a la tutela judicial efectiva. Y un baluarte esencial en ese modelo político fue la construcción del reconocimiento y protección internacional de los derechos humanos. El derecho a la tutela judicial efectiva, al proceso debido, al *Access to justice*, otorgó a la Justicia un pilar relevante en el seno de ese nuevo Estado. La Justicia se convertía en uno de los pilares esenciales del Estado democrático. Y los ciudadanos encontraban en ese reconocimiento un derecho fundamental. El proceso dejó de ser un mero instrumento para resolver conflictos,

13 BECK, U.: *Weltrisikogesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt, 2007; BECK, U.: *Risk society: Towards a New Modernism*, Ed. Sage, London, 1992; y BECK, U., *World Risk Society*, Cambridge, 1999; también BECK/HOLZER: "Wie global ist die Weltrisikogesellschaft?"; en BECK/LAU (ed): *Entgrenzung und Entscheidung*, 2004, pp. 421-439.

14 ZAFFARONI, E. R.: *El enemigo en el derecho penal*, Ediciones Coyoacán, Ciudad de México, 2006, pp. 229 y ss.

15 BAUMAN, Z.: *Vigilancia líquida*, Paidós, 2013. Y sobre el desarrollo y profusión de esto en el proceso penal puede verse mi capítulo BARONA VILAR, S., "Proceso civil y penal ¿líquido?", cit., p. 41.

16 BAUMAN, Z.: *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*, Siglo XXI, Madrid, 2003, p. 169.

y se convirtió en un instrumento para el ejercicio de un derecho fundamental, el acceso a la justicia. Es más, el Estado no solo asumía el rol de tutela sino también desplegaba una suerte de políticas públicas en justicia encaminadas, por un lado, a la mejora del instrumento, del proceso, del cauce (aparecieron las nuevas leyes que regulaban códigos procesales con una perspectiva de modernidad); y por otro, a responsabilizarse de que quienes controlan este proceso lo hagan de la mejor manera posible, con capacitación –formación y conocimientos-, lealtad, independencia, imparcialidad, transparencia y ética en su comportamiento. De todo ello es responsable el Estado, porque es todo ello parte del Estado.

### **A) Justicia en busca de la eficiencia. Profusión legislativa y huidas de la Justicia tradicional.**

Hemos expuesto cómo la sociedad ha cambiado, el escenario social ha alterado los viejos postulados de la vida, de la sociedad y por ende de la Justicia. Si bien la Justicia ha venido intrínsecamente vinculada a “lo público”, al “Estado”, a lo nacional, y rara vez han excedido de las fronteras nacionales, la sociedad actual, como sociedad en red<sup>17</sup> que es, ha propiciado, en palabras de VERVAELE<sup>18</sup>, la aparición de una nueva forma de Estado, el *Estado en red*, que gradualmente está reemplazando a las naciones-Estado que favorecieron la conformación de la sociedad paradigmática de la era industrial. Y ese Estado en red propicia una pérdida de la autoridad tradicional. Y en gran medida se usan argumentos tales como la inoperancia del sistema de Justicia. Un modelo ineficiente, una necesidad de transformar instrumentos, operadores, ámbitos y responsables. En ese escenario de falta de asideros, de asentamientos sólidos, de bases inamovibles que construyan la modernidad, la liquidez se hace presente, las normas se multiplican, sin reflexión, se propicia una realidad jurídica compleja, múltiple, que genera una anomia entre la ciudadanía, que propulsa una posición favorable hacia decisiones políticas y toma de decisiones que responden a un concepto sobredimensionado en la actualidad: la eficiencia, y en sede penal, la seguridad. Las normas se multiplican, en muchos casos provocadas desde decisiones no nacionales, impulsadas desde organismos internacionales o sedes supranacionales.

Ni los instrumentos de la Justicia tradicional permiten responder a las exigencias cada vez mayores de las personas, ni los mismos resultan eficientes económicamente hablando. Un cuadro perfecto para fomentar una huida de los tribunales y del proceso; una huida que pasa:

17 Sobre ese concepto puede verse la obra de CASTELLS, M.: *The Rise of the Network Society: The Information Age: Economy, Society and Culture*, Vol. 1, Malden: Blackwell, 2000, 2 ed.

18 VERVAELE, J. E.: “¿Terrorismo y seguridad: un derecho penal sin límites”, en BARONA VILAR, S. (ed.): *Justicia Civil y Penal en la era global*, cit., p. 466. Como afirma este autor, “la transición de una nación-estado a una nación en red es un proceso político y de organización, motivado por la transformación política, representación y dominación de las condiciones de la sociedad en red”.

1. Por reducir los procedimientos ya existentes. Las normas se suceden unas a otras buscando y favoreciendo las salidas del proceso, sea cual fuere el orden jurisdiccional al que no referimos.

2. En segundo lugar, aparecen nuevos operadores jurídicos que participan de esa tutela efectiva. Ya no se mantiene el monopolio de los tribunales de justicia, sino que se da cabida a la intervención de los árbitros, con funciones heterocomponentoras iguales que las de los jueces, pero que, por sus conocimientos científicos, técnicos o artísticos, pueden desempeñar mejor la función de resolución de conflictos. Igualmente, la figura de los notarios ha incrementado sus funciones en el ámbito de la tutela efectiva, participando en actos de jurisdicción voluntaria y pudiendo ejercer funciones mediadoras y arbitrales. En algunos sectores se ha producido la incorporación de psicólogos, asistentes sociales, psiquiatras (en los equipos técnicos que trabajan con menores).

3. Finalmente, se ha truncado el monopolio procesal. Aun cuando en el modelo paradigmático de Justicia, ésta venía anudada a la participación de los tribunales de Justicia y a través del proceso, los acontecimientos han introducido sistemas hasta el momento desconocidos, como los que se incorporan a través de las tecnologías de la comunicación, apareciendo los expedientes electrónicos, las pruebas electrónicas, las notificaciones electrónicas, etc, así como la incorporación de las ADR (soluciones extrajurisdiccionales de conflictos), tanto presenciales como no presenciales (*ODR, on line Dispute Resolution*). Se ha truncado el modelo tradicional para favorecer un modelo eficiente y sostenible, más económico para la ciudadanía y que permita una reducción del costo y tiempo de la Justicia tradicional.

Conclusión: Llegado a este punto podemos afirmar sin temor a equivocarnos que hay tutela más allá de los tribunales, más allá de los jueces y magistrados, y más allá del proceso. Y en esa afirmación se integra el estado actual de las ADR en la confección neomoderna del Siglo XXI de la Justicia.

## **B) Metamorfosis de la Justicia civil. Tras el caos, la calma.**

Nietzsche afirmaba en su obra "Así habló Zaratustra" que probablemente "es preciso tener un caos dentro de sí para dar a luz una estrella fugaz". Muy probablemente también en materia de Justicia la transformación hasta la metamorfosis que ha experimentado ha incorporado elementos que han propiciado un verdadero caos en el sistema de Justicia. Ese cambio de paradigma social, político y también jurídico, ha alcanzado irrefutablemente al modelo de Justicia. Se ha perdido una gran dosis del carácter social y público que la Justicia alcanzó en el modelo social, y eso es altamente criticable, peligrosamente inquietante, si bien algunos componentes que se han incorporado pueden facilitar el acceso a la justicia, mejorar sus cauces, alimentar esperanzas y sobre todo



cumplir con la misión que la Justicia (con mayúsculas) debe asumir, que no es otra que la tutela de las personas.

En tal sentido, y muy probablemente desde un claro contexto global y globalizado, la Justicia, el proceso civil, da un salto cualitativo y pueden observarse las innumerables reformas procesales civiles que se han venido aprobando, que quiebran algunos de los postulados del viejo sistema de justicia civil –y no necesariamente esto es negativo–, incorporando elementos propios de la neomodernidad: un juez civil altamente proactivo, las tecnologías de la comunicación y la información (incluso con la aplicación de la inteligencia artificial en el marco de la misma, con sus elementos positivos y negativos), así como la obtención de una mayor agilidad procedimental, la incorporación de la oralidad y la mayor intermediación, la concentración y la publicidad. En suma, un nuevo proceso civil al que podemos considerar como el proceso civil del Siglo XXI, cuyas características más remarcables son:

1. No estamos ante un proceso en el que las partes son las dueñas del proceso. Hay un equilibrio entre los poderes de las partes, que siguen actuando desde los principios de oportunidad, dispositivo y aportación de parte, y la intervención del juez, amén de a través del aumento de las facultades procesales (control de los presupuestos procesales, incluso de oficio) pasando por el reconocimiento de ciertas facultades materiales -posible prueba de oficio en determinados supuestos, mayor intervención en materia cautelar, con posibilidad de adoptar medidas menos gravosas para la parte demandada, entre otras-. Estamos ante lo que se ha venido denominando un “juez proactivo”, y ello por cuanto el Estado, a través de sus jueces, tiene que responder a la función tuitiva o de protección de los ciudadanos, y lo hace a través de sus representantes, que son los jueces, quienes han dejado de estar en su torre de marfil y, siempre desde la imparcialidad y la responsabilidad de su función, pueden intervenir con mayores facultades en el proceso.

2. Se ha abandonado el modelo procedimental lento, costoso, rígido, escrito y preclusivo por un procedimiento oral, con publicidad, ágil, menos costoso y con la posibilidad incluso de intervención del mismo ciudadano demandante o demandado (con participación no solo en algunas actuaciones probatorias sino también, a título de ejemplo, en la audiencia preliminar, instrumento procesal esencial en el modelo procesal actual).

3. Se ha mejorado notablemente la comunicación, configurando una suerte de garantías en los actos de comunicación, incorporando cada vez más los medios electrónicos en el proceso. Se ha iniciado un verdadero camino sin vuelta atrás hacia la denominada *e-Justicia*, una manera de poder desarrollar electrónicamente el proceso civil, a través de medios electrónicos que favorecen o permiten

ora todo el proceso *on line*, ora algunas actuaciones que, sin duda, implican un favorecimiento de su práctica.

4. Se ha procedido a la simplificación de los recursos, a la desaparición de la “absurda” sentencia de absolución en la instancia por falta de presupuestos procesales, la incorporación de un verdadero capítulo de medidas cautelares que ofrecen la tutela cautelar –como pieza indiscutible del derecho a la tutela judicial efectiva-incluso con carácter previo a la interposición de la demanda en el proceso principal, y que indiscutiblemente favorece la efectividad de la sentencia –ejecución en sus justos términos y no de forma genérica-, se ha incorporado procedimientos muy sencillos y ágiles como el monitorio, así como numerosas normas que incorporan un tutela privilegiada de los consumidores, no tanto como sujetos individualmente considerados, sino como colectivo, determinado o determinable, e incluso igualmente difuso, incorporando la tutela de los intereses colectivos, difusos de la sociedad e incluso públicos, apareciendo las denominadas *class actions* o acciones de clase.

### 3. Justicia en la Neo-modernidad del Siglo XXI. El nacimiento de una “estrella fugaz”.

Si las transformaciones pueden haber propiciado muchas y variadas modificaciones que han llevado a la metamorfosis de la Justicia paradigmática, cierto es que no necesariamente cualquier tiempo pasado fue mejor. Antes al contrario, la neo-modernidad puede ser la excusa, de manera que, trascendiendo de las exigencias de eficacia y eficiencia o lo que se ha venido denominando con el efecto del efectivismo, incorporemos en el nuevo modelo de Justicia valores, abandonando la idea de lo útil o lo eficiente meramente, o reinventando su significado desde parámetros no economicistas, a saber, la Justicia será eficiente si garantiza los derechos de los ciudadanos y su tutela efectiva adecuadamente, lo que vincularía la idea de eficiencia con la idea de justicia; e incorporaríamos la idea de “utilidad” a la que se refería Henri POINCARÉ<sup>19</sup>, esto es, “lo útil es sólo lo que puede mejorar al hombre”. Con esa reinterpretación, el modelo de justicia sería, cuanto menos, mucho más humano<sup>20</sup>.

Para que esa estrella fugaz nazca es interesante hacer referencia a los retos con los que se enfrenta esa nueva manera de ver la Justicia civil y a ellos dedicamos las páginas que siguen.

19 PONCARÉ, H.: El valor de la ciencia, 1904, p. 15.

20 Muy interesante es la obra de ORDINE, N.: *La utilidad de lo inútil. Manifiesto*, Ed. Acantilado, Barcelona, 2013.

### **A) Mayor dotación presupuestaria.**

Uno de los fundamentales retos de ese nuevo marco de la Justicia de la neo-modernidad es conseguir una mayor dotación presupuestaria (medios personales, materiales, capacitación, infraestructuras, sistemas informáticos, etc). No se trata de un aumento indeterminado ni lineal, sino tras la realización de un estudio de necesidades que tome en consideración el mapa geográfico en el que se haga constar densidad de población, análisis de los recursos existentes, tipología de conflictos habituales, facilidad de comunicaciones, etc.

La falta de recursos es un mal universal que propicia absurdos como los de implementar reformas “a coste cero”, lo que demuestra que para el poder político la Justicia sigue en baja intensidad en el marco de las políticas públicas.

### **B) Estatuto de jueces y fiscales.**

El segundo reto para que la Justicia sea una estrella fugaz y no devenga en una “Injusticia” es el delimitar, fomentar y exigir un estatuto realista de los jueces y personal judicial, incluido el Ministerio Público, que permita garantías de independencia, de imparcialidad y de responsabilidad, así como los mecanismos de control de éstas, que favorezca, en todo caso, el acceso a la transparencia y a la rendición de cuentas y desde ellas un modelo judicial que genere confiabilidad y credibilidad. Un Código Procesal sin unos tribunales de justicia que despierten en la ciudadanía confianza y que puedan desarrollar esa Justicia desde unos parámetros de comportamiento éticos, jurídicos y responsables, es “papel mojado”.

Se hace imprescindible truncar la interferencia del Poder Ejecutivo en el Poder Judicial, y se debe exigir para ello una inicial formación que arranque de las mismas Universidades, desde las que se inculquen valores como la ética del comportamiento de las instancias y autoridades públicas, a quienes se les encomienda una labor de servicio, precisamente en favor de los ciudadanos.

Es más, continua existente una percepción en la ciudadanía de que la Justicia es ineficiente, lenta, insegura, poco predecible, inaccesible, costosa, corrupta, etc. Esa percepción existe y la necesidad de cambiarla es una realidad que pertaíne a los poderes del Estado: por un lado, al Poder Legislativo, a través de las normas que regulen un sistema procesal –y el sistema judicial- adecuado a la realidad que vivimos y a las exigencias de la ciudadanía, generando debates entre los operadores jurídicos y asumiendo una necesidad de evaluación continua del modelo; por otro, al Poder Ejecutivo, a quien corresponde, desde su convencimiento en la Justicia como uno de los pilares esenciales de conformación del Estado, y uno de los ejes sobre los que nuclear un sistema de garantías y derechos de los ciudadanos, asumir políticas presupuestarias que favorezcan la creación y mejora de infraestructuras,

aumento de medios personales tanto del personal judicial como de la defensoría pública. Y, por último, al Poder Judicial, a quien corresponde la capacitación de sus funcionarios, la transparencia en su actuación, el buen hacer de su órgano de gobierno el Consejo del Poder Judicial y especialmente la necesidad de independencia respecto del ejecutivo, con el fin de recobrar credibilidad de los ciudadanos en el sistema de Justicia.

### **C) Impulso de la Justicia como “derecho” o acceso de todos.**

Aun cuando la Justicia se convirtió en un pilar fundamental del Estado moderno, ciertamente el acceso a la misma no siempre estuvo favorecido. Es más, en algunos países las desigualdades entre ricos y pobres se extendían al mundo de la justicia, favoreciendo el acceso de quienes podían pagar los costes del proceso y los tribunales y negando este derecho a quienes no podían sufragarlo. Esto ha llevado a considerar que uno de los retos esenciales de la Justicia emergente debe ser necesariamente el establecimiento de políticas públicas que implementen un buen sistema de asistencia jurídica gratuita que permita el acceso a la Justicia, incluido el asesoramiento, a quienes no cuenten con los medios adecuados para sufragarse el costo de los mismos.

La Justicia forma parte de “lo público”, y es por ello que un modelo público requiere de un importante aporte económico para su configuración estructural, personal –incluida su capacitación– y de medios. Es uno de los elementos incondicionales que hay que impulsar para que la Justicia sea efectiva para los ciudadanos.

### **D) Políticas de “papel cero”.**

Asistimos en los últimos años a una incesante y creciente proliferación de las ya desarrolladas tecnologías, siendo testigos de su aplicación, no solo a actividades productivas o económicas, sino también a cualquier área de la actividad humana. Transacciones bancarias, peticiones a la administración o adquisición de todo tipo de bienes o servicios, realizadas de forma cómoda, en cualquier momento y lugar, a través de nuestros múltiples dispositivos, se han convertido en tareas cotidianas y habituales. Nuevos dispositivos electrónicos y de comunicación, programas informáticos y aplicaciones, nos invaden a un ritmo que, en ocasiones, es difícil de seguir. Y ante estas coordenadas, la Justicia no ha permanecido inerte ni puede hacerlo, dado que ha dado, en unos países con más intensidad que en otros, el salto cualitativo hacia la aplicación de las tecnologías, implementando las TIC, como medio para fortalecer la efectividad del derecho a la tutela judicial, alcanzando una Justicia más accesible, de mayor calidad y que sea capaz de garantizar con rapidez y eficacia los derechos legalmente reconocidos, debiendo contar para ello con procesos transparentes a la vez que rápidos, eficaces y eficientes. Sin duda las

TIC constituyen la herramienta esencial para afrontar dicha tarea, dando un salto cualitativo y situando al sistema judicial en la era de la sociedad de la información<sup>21</sup>.

Es por ello que una de las grandes aspiraciones del Siglo XXI en todos los países es precisamente avanzar hacia la consecución de la denominada *ejusticia*. Durante algún tiempo se cuestionaron instrumentos como la videoconferencia, como las comunicaciones electrónicas, como las pruebas en soporte informático etc. Las dificultades en un mundo donde el papel era el medio de garantía, las tecnologías abrieron expectativas y recelos y tras éstos una gran dosis de credibilidad en los desarrollos tecnológicos aplicados al proceso. Más allá de las dudas de seguridad jurídica, se ha visto en la incorporación de las TIC un extraordinario mundo de desarrollo de las actuaciones procesales, que ha transformado la idea misma de los tiempos en el proceso, de la accesibilidad de los medios, así como ha permitido transformar el concepto de justicia próxima y cercana desde parámetros estrictamente geográficos a aquellos que la conciben como de “usabilidad” o “accesibilidad”.

Indudablemente, tras todas estas bondades encontramos de nuevo la idea de la “Justicia eficiente”, mucho menos costosa cuando se cuente con los medios y mucho más ágil y concentrada (menor coste, menor tiempo). Una Justicia asentada en las tecnologías de la información y la comunicación que nos ha adentrado en el mundo del “4.0 industrial” (Cuarta Revolución Industrial) o la aplicación de la denominada industria inteligente de la Justicia o la Ciberjusticia. De este modo, más allá del uso instrumental de las TICs en la Justicia, han supuesto una nueva manera de organizar la toma de decisiones judiciales, alcanzando a lo que algún autor ha definido como “Justicia robot”.

Así, es indudable que la revolución tecnológica ha supuesto grandes avances en el derecho (el modelo del *ejustice*) si bien lo realmente preocupante es que pueda esta revolución tecnológica sustituir en la toma de decisiones al razonamiento lógico-deductivo (justificado a través de la motivación de las resoluciones). Algoritmos matemáticos están permitiendo en algunos sistemas, como el americano, cercenar la capacidad decisora de los jueces a través de una búsqueda desesperada de sustitución del juez por la decisión-robot<sup>22</sup>. Una evolución que altera ineludiblemente la determinación “humana” de las decisiones judiciales y que se ofrece como un invento tecnológico que garantiza la “predecibilidad” de

21 GONZÁLEZ MALABIA, S.: “Las TIC en el nuevo modelo de Justicia”, en AA.VV.: *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, cit., pp. 57-58.

22 Muy críticos se mostraron TONRY: *Sentencing Matters*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1996, pp. 72-75; CHRISTIE, N.: *La industria del control del delito (¿La nueva forma del holocausto?)*, Del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 144; ZYSMAN QUIROS, D.: *Sociología del castigo. Genealogía de la determinación de la pena*, Didot, Buenos Aires, 2012, p. 300. En España puede verse el interesante artículo de GUZMÁN FLUJA, V.C.: “Sobre la aplicación de la inteligencia artificial a la solución de conflictos”, en BARONA VILAR, S. (ed.): *Justicia civil y penal en la era global*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, especialmente pp. 82 y ss.

las sentencias. En suma, como señala WHITMAN, ha llevado a perder lentamente la capacidad de mirar hacia el interior de nosotros mismos para cuestionarnos acerca de cuándo y cómo tenemos el derecho de castigar a otros<sup>23</sup>. Y no deja de ser inquietante, y desde luego propiciaría la liquidación del modelo de Justicia con todas las garantías, pensar en que puede llegar la Revolución industrial del 4.0. a transformar de tal modo la justicia que permita la sustitución del juez por la máquina o la aparición del “juez robot”. Quizás en el futuro la inteligencia artificial supere el pensamiento humano crítico, sus imperfecciones, y sea capaz de equilibrar la libertad y la seguridad, quizás, si bien siempre me quedará la duda de quién es el que incorpora las herramientas y los componentes para alcanzar el equilibrio, o lo que es lo mismo, quién alimenta el pensamiento del robot juez; esto es, quien construye el pensamiento global, uniforme, que controla todo y a todos. Mucho peligro, pero parece que esta es la senda hacia la que nos encaminamos, aunque no por ello la aceptamos.

#### E) De las ADR a las ODR. “The multi-rooms Justice System”. Retos y peligros.

La sociedad neo-moderna ha truncado el principio de que solo hay tutela bajo el monopolio procesal y con los tribunales de justicia. La paulatina incorporación –primero sectorial y poco a poco más general- incorporación de las ADR (inicialmente *Alternative Dispute Resolution* y posterior *Adequated Dispute Resolution*), amén de las mismas con instrumentos tecnológicos que han dado lugar a las ODR (*On line Dispute Resolution*), ha favorecido este cambio en el modelo de Justicia del Siglo XXI. Y ha avanzado hasta la consideración actual de todos los instrumentos de tutela de los ciudadanos, judiciales y no judiciales, jurisdiccionales y no jurisdiccionales, en un concepto de “Justicia integral” o lo que en el mundo anglosajón se vino considerando como la *multi-rooms Justice System*.

Este avance en la visión de Justicia ha venido en gran medida propiciada por la crisis de la sociedad global, tecnológica, digital, que ha generado esta metamorfosis en el modelo de Justicia; una metamorfosis en la que han incidido entre otras la aparición del fenómeno de la “glocalización jurídica” o ese “pensar globalmente y actuar localmente” a que se referían los sociólogos Roland Robertson<sup>24</sup> y Ulrich Beck<sup>25</sup>. La visión “glocal” de la Justicia permite responder a esa similitud, cuando no identidad de respuestas de los estados en materia de Justicia, propiciados por los movimientos interregionales, las instituciones y organismos internacionales, que han venido favoreciendo la aparición de normas marco (*soft*) y de respuestas lo más armonizadas, cuando no homogéneas, posibles.

23 WHITMAN, J. Q.: *The Origins of Reasonable Doubts*, Yale University Press, 2008, p. 7.

24 ROBERTSON, R.: “Glocalization: Time-Space and Homogeneity-Heterogeneity”, en FEATHERSTONE, M.; LASH, S.; ROBERTSON, R. (ed.): *Global Modernities*, Sage, London, 1997, pp. 25-44.

25 BECK, U.: *Whats Is Globalization?*, Cambridge, Polity Press, 1999.

En este escenario descrito, en esta sociedad moderna, actual, global, económica, digital, tecnológica y también líquida<sup>26</sup>, en la que nos movemos, los parámetros o estándares de Justicia han venido cambiando. Vivimos en una sociedad cada vez más compleja y desigual. Y en esa complejidad y desigualdad las ADR/ODR se han colado, se ha presentado y se han consolidado. Y han dejado de ser alternativas siempre para pasar poco a poco a convertirse en piezas del modelo de Justicia, de una Justicia a la que nos podemos referir con un criterio más amplio e integrador, una “justicia integral”. Así, aparece el denominado “*multi-rooms Justice System*”<sup>27</sup>, un modelo en el que las ADR y la Jurisdicción coexisten como mecanismos complementarios de tutela de los ciudadanos, incluyendo en los mismos tanto medios *out of Court* (algo ajeno y fuera de los tribunales) como *in Court* y por tanto complementario e integrado en ellos. Se presentan, en todo caso, como procedimientos ágiles, menos técnicos y mucho más rápidos, amén de permitir y favorecer el ejercicio de la libertad por la ciudadanía, que opta finalmente por la más adecuada de las vías posibles para poder gestionar, solventar o resolver sus conflictos jurídicos.

Es por ello que podemos afirmar que tras un primer estadio de recelo e incluso el rechazo frente a la incorporación de las ADR, se vive un momento de fascinación por ellas. Ciertamente sus ventajas son palmarias, dado que con ellas se ha introducido un lenguaje positivo indudable en el marco de la conflictividad interpersonal y social. Se trabaja desde la teoría del conflicto, lo que es un enorme avance respecto de la respuesta que el Estado venía dando *ex post conflictum*, que se basaba en la imposición de la consecuencia jurídica derivada del incumplimiento, la declaración de responsabilidad, la sanción o la condena. Con ello se asume la aceptación del otro, se trabaja con la escucha, la comunicación, la búsqueda de elementos de autoresponsabilidad, siendo mucho más proclives y favorables a alcanzar acuerdos, a transacciones, a cesiones etc, trabajando por el *win-win*. Y siempre asumiendo que no existe necesariamente un único medio o instrumento para plantear, cuestionar y resolver disputas o conflictos, sino que es perfectamente posible trabajar con varios (mediación, arbitraje, conciliación, asistencia pericial, etc), generando lo que se ha venido denominando como “derecho colaborativo” que no deja de ser sino la atribución al abogado de un papel esencial para convencer a su cliente de que los tribunales deben ser la última puerta a la que acudir, trabajando, negociando, mediando, asumiendo dictámenes de expertos, y siempre a la búsqueda de la mejor de las soluciones.

Este nuevo modelo que permitiría integrar una pluralidad de medios a través de un sistema de colaboración de expertos, asesores y de las propias partes en

26 Sobre la adjetivización de la sociedad, la modernidad, la vida, y hasta el amor como líquido puede verse BAUMAN, Z.: *Modernidad líquida*, Fondo de Cultura Económica de España, 2016; *Vida líquida*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2006; *Amor líquido: Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*, Fondo de Cultura Económica, México, 2005.

27 BARONA VILAR, S.: “Justicia integral y Access to Justice”, cit., pp. 51-56.

conflicto que asumen con la buena fe la búsqueda de lo mejor, de ese *win-win*, es indudable que favorece no solo la solución de la conflictividad *ex post*, sino que ayuda a integrar valores que favorecen las relaciones personales, profesionales, sociales y económicas, amén de trabajar para empoderarse en el manejo de futuras posibles situaciones conflictivas.

En este nuevo marco de Justicia integral podemos apuntar dos retos de las ADR y un claro peligro de las mismas.

1. El primer reto es en la actualidad integrar las ADR/ODR en la Justicia, con el fin de buscar la solución integral más acorde a la materia, a los sujetos, a la tipología conflictual, al tiempo, etc<sup>28</sup>. Este reto no es complejo si se asume que permitiría paliar el desencanto de la ciudadanía por la Justicia, que favorecería ese pensamiento expansivo globalizado que camina hacia la búsqueda del efecto “eficientista”, que favorece la reducción del papel del Estado<sup>29</sup>, el gasto público, y hace surgir una idea de “negocio” para algunos profesionales que no necesariamente provienen del mundo del derecho. Aun cuando presenta peligros –y a ellos nos referimos *infra-* los métodos ADR/ODR se adaptan con muchísima más facilidad a las necesidades y circunstancias, desconflictiva, incorpora valores, genera una mayor sensación de satisfacción en los ciudadanos y una mayor credibilidad en la Justicia<sup>30</sup>.

2. El segundo reto es el de la necesidad de feminización de los operadores que intervienen en las ADR/ODR. Si bien en el ámbito de ciertas mediaciones se han incorporado las mujeres, por una mayor capacidad de percepción y sensibilidad ante determinados conflictos, es absolutamente demoledor observar las cifras que se arrojan en cuanto a la participación de mujeres-árbitros. Los grandes centros de arbitraje presentan una participación mínima de expertas que se integran en las nóminas arbitrales y lo sorprendente es que aun cuando las hay, cuando se designan por las partes los árbitros existe una clara y demoledora tendencia a proponer árbitros-hombres, como si se tratara todavía de una profesión masculina o que se rige por parámetros patriarcales. Una asignatura pendiente, por tanto, es en materia de ADR/ODR su feminización.

28 Por eso he defendido la idea de *Justicia integral*. Puede verse, BARONA VILAR, S.: “Justicia Integral y “Access to Justice”, cit., pp. 31-56; “Justicia civil a debate: qué, por qué y cómo –pasado, presente y retos de futuro del proceso civil”, en AA.VV.: *XIII Congreso panameño de Derecho Procesal*, Panamá, 2016, pp. 45-68; “Justicia integral y tutela sin proceso”, en AA.VV.: *Las transformaciones del proceso civil*, (dir. por J. F. HERRERO PEREZAGUA), Aranzadi-Thomson-Reuters, Pamplona, 2016, pp. 19-43; “Justicia civil en el Siglo XXI”, en AA.VV.: *Gestión de conflictos jurídicos (Abogacía y Derecho)*, (dir. A. MANTECÓN RAMOS), La Habana, 2016, pp. 7-33.

29 EUCKEN, W., padre del Ordoliberalismo, considera que en el pensamiento neoliberal el Estado lo que pierde es “autoridad” (*Die Grundlage der Nationalökonomie*, 1960, p. 303). Se produce en consecuencia la minimización del Estado en todos los ámbitos de la vida. Así, destaca la opinión de BIEBRICHER, T.: “Neoliberalismus und Staat –ziemlich beste Feinde”, *Der Staat des Neoliberalismus*, Nomos, 2016, p. 9: “I do not want to abolish government. I simply want to reduce it to the size where I can drag it into the bathroom and drown it in the bathtub”.

30 Lo manifestamos ya en BARONA VILAR, S.: “Integración de la mediación en el moderno concepto de Access to Justice. Luces y sombras en Europa”, *Indret*, octubre 2014, <http://www.indret.com/pdf/1092.pdf>



3. Y, finalmente, y en relación con el peligro que hoy presentan las ADR/ODR –de alguna manera ya avanzado en las páginas anteriores- viene de la mano del pensamiento economicista que la escuela del análisis económico del derecho tan claramente inoculó. El peligro se halla en la posible perversión de este modelo que propicie una tutela de dos velocidades o una tutela escalonada por razones económicas, unos medios para ricos y otros, para pobres<sup>31</sup>. Y ello por cuanto la incorporación de las ADR no es en absoluto neutra, sino que mejora la percepción de los ciudadanos ante la justicia, en cuanto consideran que estos medios atienden de forma específica a las condiciones (subjetivas, objetivas, temporales, económicas) que quedan en manos de los interesados para su libre elección; y, a la vez, puede provocar una desigualdad si no se gestionan adecuadamente, al poderse convertir el modelo en tutela de ricos **versus** tutela de pobres, cuyo riesgo está claramente implícito en las mismas; o, lo que es lo mismo, una justicia de primera, de segunda o de tercera categoría.

La maldad de este modelo puede encontrarse en el impulso nacional y supranacional de estos medios por razones meramente economicistas, son “más económicos” que la justicia estatal, liberan gastos públicos y favorecen una cultura de la economía por encima de la misma idea de justicia que los ciudadanos requieren. Y ello puede favorecer una suerte de privatización del papel del Estado en la Justicia. Es indudable<sup>32</sup> que esa tentación existe y puede resultar, como ha señalado WAGNER<sup>33</sup>, que compartimos plenamente, tremendamente peligroso afectando al acceso a la justicia y al modelo de justicia mismo, por lo que hay que tratarlo como una vía para mejorar el derecho de los ciudadanos<sup>34</sup>.

Hablar de un paradigma diverso de Justicia es posible, incorporar un modelo de Justicia integral con Jurisdicción, ADR-ODR, operadores jurídicos nuevos en la búsqueda de la mejor tutela de los ciudadanos, es no solo adecuado, sino hasta conveniente, pero todo ello siempre sin que los árboles (cargados de una ráfaga de visión economicista) nos impidan ver realmente el bosque<sup>35</sup>.

---

31 “ADR Mechanisms and their Incorporation into Global Justice in the Twenty-First Century: Some Concepts and Trends”, en AA.VV.: *Global Perspectives on ADR* (ed. C. ESPLUGUES MOTA/S. BARONA VILAR), Cambridge, Ed Intersentia, 2014, pp.1-52. Uno de los riesgos es que el poderoso se “apodere” del débil o, lo que es lo mismo, favorecer la desigualdad entre las partes.

32 BARONA VILAR, S.: “Integración de la mediación en el moderno concepto de *Access to Justice*. Luces y sombras en Europa”, cit.

33 WAGNER, G.: “Harmonization of Civil Procedure- Policy Perspectives”, en KRAMER, X.VV. and VAN RHEE, C. H.: *Civil Litigation in a Globalising World*, Springer, Heidelberg, 2012, pp. 93 y 112.

34 Hay un riesgo en la actualidad de transformar y cambiar la misma percepción de ciudadano por la de consumidor, un concepto que ha encontrado un perfecto acomodo en el seno de la tutela del desprotegido pero que está a la vez atribuyendo una naturaleza meramente consumista a la misma Justicia.

35 BARONA VILAR, S.: “The Faces of Civil Justice in the Global Society of the 21<sup>st</sup> Century”, *ZZP Int.*, 21-2016.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ ZAMORA, N.: *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución a los fines del proceso*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.

BARONA VILAR, S.:

- "Integración de la mediación en el moderno concepto de *Access to Justice*. Luces y sombras en Europa", *InDret*, octubre 2014, <http://www.indret.com/pdf/11092.pdf>.

- "Justicia civil a debate: qué, por qué y cómo –pasado, presente y retos de futuro del proceso civil-", en AA.VV.: *XIII Congreso panameño de Derecho Procesal*, Panamá, 2016.

- "Justicia civil en el Siglo XXI", en AA.VV.: *Gestión de conflictos jurídicos (Abogacía y Derecho)* (dir. A. MANTECÓN RAMOS), La Habana, 2016.

- "Justicia Integral" y *Access to Justice*. Crisis y evolución del "paradigma", en BARONA VILAR, S. (ed.): *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Thompson Reuters-Civitas, Pamplona, 2016.

- "Justicia integral y tutela sin proceso", en AA.VV.: *Las transformaciones del proceso civil* (dir. por J. F. HERRERO PEREZAGUA), Aranzadi-Thomson-Reuters, Pamplona, 2016.

- "The Faces of Civil Justice in the Global Society of the 21<sup>st</sup> Century", *ZZP Int.*, 21-2016.

- "Proceso civil y penal ¿líquido? en el Siglo XXI", en BARONA VILAR, S. (ed.): *Justicia Civil y penal en la era global*, Tirant lo Blanch Alternativa, Valencia, 2017.

- *Proceso penal desde la Historia. Desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

BAUMAN, Z.:

- *Amor líquido: Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*, Fondo de Cultura Económica, México, 2005.

- *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*, Siglo XXI, Madrid, 2003.

- *Modernidad líquida*, Fondo de Cultura Económica de España, 2016.

- *Vida líquida*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2006.

- *Vigilancia líquida*, Paidós, 2013.

BECK, U.:

- *Risk society: Towards a New Modernism*, Ed. Sage, London, 1992.

- *Weltrisikogesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt, 2007.

- *Whats Is Globalization?*, Polity Press, Cambridge, 1999.

- *World Risk Society*, Cambridge, 1999.

BECK/HOLZER: "Wie global ist die Weltrisikogesellschaft?", en BECK/LAU (ed.): *Entgrenzung und Entscheidung*, 2004.

BIEBRICHER, T.: "Neoliberalismus und Staat –ziemlich beste Feinde", *Der Staat des Neoliberalismus*, Nomos, 2016.

CASTELLS, M.: *The Rise of the Network Society: The Information Age: Economy, Society and Culture*, Vol. I, Malden: Blackwell, 2 ed., 2000.

CHRISTIE, N.: *La industria del control del delito (¿La nueva forma del holocausto?)*, Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

ESPLUGUES MOTA, C., BARONA VILAR, S.: "ADR Mechanisms and their Incorporation into Global Justice in the Twenty-First Century: Some Concepts and Trends", en ESPLUGUES MOTA, C., BARONA VILAR, S. (ed.): *Global Perspectives on ADR*, Ed Intersentia, Cambridge, 2014.

EUCKEN, W.: *Die Grundlage der Nationalökonomie*, 1960.

GARCÍA-GALLO, A.: *Manual de Historia del derecho español, I. El origen y la evolución del Derecho*, 10 ed., Madrid, 1984.

GONZÁLEZ MALABIA, S.: "Las TIC en el nuevo modelo de Justicia", en BARONA VILAR, S. (ed.): *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 2016.

GUZMÁN FLUJA, V. C.: "Sobre la aplicación de la inteligencia artificial a la solución de conflictos", en BARONA VILAR, S. (ed.): *Justicia civil y penal en la era global*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

HUDSON, B.: *Justice in the Risk Society: Challenging and Re-affirming "Justice" in late Modernity*, 2003.

KUHN, T.: *Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, Ed. Suhrkam, Frankfurt, 1962.

MOMMSEN, T.: *Derecho Penal Romano*, Ed. Temis, 2ª ed., Santa Fé de Bogotá, 1999.

MONTERO AROCA, J.: *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil* (con GÓMEZ COLOMER; BARONA VILAR; CALDERÓN CUADRADO), Tirant lo Blanch, 25ª ed., Valencia, 2017.

OLSON, W. K.: *The litigation explosion: what happened when America unleashed the lawsuit*, 1991.

ORDINE, N.: *La utilidad de lo inútil. Manifiesto*, Ed. Acantilado, Barcelona, 2013.

ORDÓÑEZ, L.: "La globalización del miedo", *Revista de Estudios Sociales*, n. 25, diciembre 2016, Bogotá.

PONCARÉ, H.: *El valor de la ciencia*, 1904.

ROBERTSON, R.: "Glocalization: Time-Space and Homogeneity-Heterogeneity", en FEATHERSTONE, M.; LASH, S.; ROBERTSON, R. (eds.): *Global Modernities*, Sage, London, 1997.

TONRY: *Sentencing Matters*, Oxford University Press, New York:Oxford, 1996.

VERVAELE, J. E.: "¿Terrorismo y seguridad: un derecho penal sin límites", en BARONA VILAR, S. (ed.): *Justicia Civil y Penal en la era global*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

WAGNER, G.: "Harmonization of Civil Procedure- Policy Perspectives", en KRAMER, X. W. and VAN RHEE, C. H.: *Civil Litigation in a Globalising World*, Springer, Heidelberg, 2012.

WHITMAN, J. Q.: *The Origins of Reasonable Doubts*, Yale University Press, 2008.

WILKE, H.: *Atopia. Studien zur atopischen Gesellschaft*, Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 2001.

ZAFFARONI, E. R.: *El enemigo en el derecho penal*, Ediciones Coyoacán, Ciudad de México, 2006.

ZYSMAN QUIRÓS, D.: *Sociología del castigo. Genealogía de la determinación de la pena*, Didot, Buenos Aires, 2012.



UNA LECTURA RESTAURATIVA ACERCA DE LOS “CÓDIGOS  
ÉTICOS” DE LA POLICÍA: MUCHO MÁS QUE MEDIACIÓN  
POLICIAL

*A RESTORING READING ABOUT THE POLICE’S “ETHICAL CODES”:  
MUCH MORE THAN POLICE MEDIATION*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 446-473*



Raquel  
CASTILLEJO  
y Cristina  
ALONSO

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 17 de mayo de 2017

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de junio de 2017

**RESUMEN:** En los últimos tiempos, la mediación policial está ganando protagonismo en el debate doctrinal sobre la necesaria modernización del sistema de Justicia. Los denominados “Códigos éticos” representan una posibilidad de interés para canalizar el potencial transformador de la Justicia restaurativa y para, en definitiva, hacer viable la mediación policial. En el presente trabajo se pretende analizar el acervo normativo internacional relativo a los Códigos éticos, y su influencia en la regulación española.

**PALABRAS CLAVE:** Mediación; Policía; Derecho penal.

**ABSTRACT:** In recent times, police mediation is gaining prominence in the doctrinal debate on the necessary modernization of the justice system. The so-called “ethical codes” represent a possibility of interest to channel the transformative potential of restorative justice and, specifically, to enable police mediation. In the present work it is to analyze the international legal acquis on ethical codes, and their influence on the Spanish regulation.

**KEY WORDS:** Mediation; Police; Criminal law.

**SUMARIO.- I. MEDIACIÓN Y JUSTICIA RESTAURATIVA DESDE EL CONTEXTO DE PARTIDA.- II. POLICÍA Y JUSTICIA RESTAURATIVA: MUCHO MÁS QUE MEDIACIÓN POLICIAL.- I. Mediación policial.- 2. En relación a los denominados “Códigos éticos”.- A) En el acervo normativo internacional: las Naciones Unidas y el Consejo de Europa.- B) Especial referencia a la Recomendación de 19 de septiembre de 2001.- C) En España.- III. CONCLUSIÓN.- IV. BIBLIOGRAFÍA.**

## I. MEDIACIÓN Y JUSTICIA RESTAURATIVA DESDE EL CONTEXTO DE PARTIDA

Mucha tinta se ha vertido en los últimos años en el ánimo de explicar el “fenómeno” de la mediación y su irrupción en el sistema de Justicia español. Resulta innegable que la dimensión del debate en la literatura especializada<sup>1</sup> –que, por cierto, trasciende con creces el ámbito jurídico–, justifica la alusión al señalado carácter fenomenológico. La cuestión resulta bien diferente si de lo que se trata es de hablar de la mediación referida al ámbito penal. En este caso, las objeciones, dificultades y reparos han sido destacados una y mil veces por la doctrina<sup>2</sup>. Como es sabido, el debate en relación al principio de oportunidad reglada, el presunto

- 1 CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.): *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos: análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2013; SOLETO MUÑOZ, H.: *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2013; ETXEBERRIA GURIDI, J.F.: *Estudios sobre el significado e impacto de la mediación: ¿una respuesta innovadora en los diferentes ámbitos jurídicos?*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012; MARTÍN DÍZ, F.: *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010; BARONA VILAR, S.: *Solución extrajudicial de conflicto: “alternative dispute resolution” (ADR) y derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (Dir.): *Mediación: un método de ? conflictos: estudio interdisciplinar*, Colex, Madrid, 2010, etc.
- 2 De interés, CABEZUDO RODRÍGUEZ, N.: “El último (y controvertible) credo en materia de política criminal, justicia restaurativa y mediación penal”, *La Ley Penal*, 2011, núm. 86. Véase igualmente la perspectiva crítica en algunos pasajes de CHOZAS ALONSO, J.M.: “La conformidad penal española y el ‘patteggiamento’ italiano. Breve estudio de Derecho comparado”, *La Ley Penal*, 2013, núm. 104, etc.

### • Raquel Castillejo Manzanares

Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad y Directora del Centro Integral de Análisis y Resolución de Conflictos de la misma Universidad. Ha participado en más de trece proyectos de I+D+i financiados en convocatorias públicas. Es autora de más de doce monografías y más de ciento sesenta artículos y capítulos de libro; ha impartido más de doscientas conferencias impartidas en España y en América Latina; ha dirigido más de ocho obras colectivas; y ha organizado más de cincuenta actividades I+D+i. Es miembro de la Red Transversal de Estudios de Género en Ciencias Humanas, Sociales y Jurídicas del CSIC, de la Asociación de Mujeres Investigadoras y Tecnólogas, del Observatorio Estatal de Violencia de género, del Consejo Editorial de la Revista Práctica de Tribunales, miembro evaluador de la ANECA, etc. Correo electrónico: raquel.castillejo@usc.es

### • Cristina Alonso Salgado

Investigadora del Área de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago de Compostela. Es Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas y de la Administración, y Doctora en Derecho con mención europea (Premio Extraordinario de Doctorado) por la misma Universidad. Es autora de más de sesenta artículos y capítulos de libro; ha impartido más de cien conferencias, charlas y comunicaciones en países como México, Portugal, España, etc.; ha coordinado tres obras colectivas; ha participado en la organización de más de treinta actividades I+D+i; y ha realizado estancias de investigación, entre otros, en el Institute Advanced Legal Studies de Londres, en el Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne, y en el Dipartimento di Scienze giuridiche “A. Cicu”, Università di Bologna. Correo electrónico: cristina.alonso@usc.es



menoscabo de los fines del sistema de Justicia penal y, en definitiva, la propia configuración del actual proceso penal español, causan, junto al concurso de otros factores<sup>3</sup>, no pocas dificultades para la incorporación de la mediación al proceso penal de adultos.

Con todo, en los últimos años no han sido pocas las propuestas legislativas que han entrado a valorar la posibilidad de incorporar la mediación al proceso penal. Ello no puede causar extrañeza toda vez que esa línea venía determinada, en muy buena medida, por la superada Decisión Marco de 15 de marzo de 2001 por la que se aprobó el Estatuto europeo de la víctima en el proceso penal<sup>4</sup>-que el Estado español no transpuso- y, en la actualidad, por los requerimientos derivados de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo<sup>5</sup> de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y por la que se procedió a sustituir la referida Decisión Marco.

En cumplimiento de las señaladas exigencias no sólo viene de ser promulgada la Ley 4/2015, de 27 de abril, por la que se aprueba el Estatuto de la víctima del delito<sup>6</sup> -consecuencia directa de la ineludible transposición<sup>7</sup> de la Directiva-, sino que también se ha venido incorporando la mediación en el articulado de las diversas propuestas que, en los últimos años, se han impulsado con el objeto de sustituir nuestra vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>8</sup>.

Aun cuando desde una perspectiva limitada—circunscrita únicamente a la opción mediadora-, lo cierto es que, tanto el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>9</sup> de 2011, como la nueva propuesta de Código Procesal Penal<sup>10</sup> del año 2013 abordaban la regulación de la mediación. Infelizmente -al menos en lo que ahora respecta-, la referencia debe ser efectuada porque, descartada por motivos evidentes la ALECRim, todo parece indicar que la NPCPP también está abocada a dormir el sueño de los justos.

3 Definición del ámbito objetivo, del ámbito subjetivo, etc.

4 En adelante, Decisión Marco.

Recordemos asimismo que el Gobierno Español, no cumplió con la obligación encomendada por los artículos 10 y 17 de la Decisión Marco, toda vez que pretendía ser acometida a la vez que la promulgación de la imprescindible nueva LECrim. Más concretamente, el Gobierno español señaló mediante respuesta parlamentaria escrita 4/001242/000 de 9 de julio de 2004 que "(...) se trata de una cuestión que se aborda dentro de la reforma legal de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se examinará la conveniencia de su incorporación, así como las cuestiones relativas a los tipos penales donde puede aplicarse, la determinación de los mediadores, los efectos y consecuencias de la misma", CASTILLEJO MANZANARES, R.: *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010, p. 174.

5 En adelante, Directiva.

6 En adelante, Ley 4/2015.

7 Parcial.

8 En adelante, LECrim.

9 En adelante, ALECRim.

10 En adelante, NPCPP.

Con todo, el estado actual de la materia permite albergar algo de optimismo con respecto a la hasta hace bien poco herética mediación penal. Y aun cuando ello no sirva<sup>11</sup> para ameritar la convicción propia del legislador español -toda vez que el ánimo reformador surge de la necesidad de cumplir con las exigencias derivadas de nuestros compromisos internacionales-, debe ser saludado con la satisfacción propia de quien considera que la apuesta por el paradigma restaurativo significará un salto cualitativo en positivo para la Justicia penal española del siglo XXI.

Ello no obstante, tal y como se anticipaba, no pretende negarse aquí que los avances señalados no lo son sino con respecto a la mediación penal y no en relación a las restantes fórmulas restaurativas.

En efecto, el desarrollo de los círculos, conferencias, etc., no ha seguido un camino parejo al de la mediación. Con todo, a decir verdad, ello en nada obsta lo que aquí se pretende defender. Y es que, en primer lugar, lo realmente relevante, a nuestro juicio, es el acervo transformador del nuevo paradigma del Derecho Penal, esto es, la Justicia restaurativa, y no tanto la metodología empleada para vehiculizarla. Insistimos, no se niega la importancia del específico recurso, simplemente se relativiza su papel en beneficio de la socialización del paradigma restaurativo.

Además, en segundo lugar, a pesar de la limitada transposición del legislador español, lo cierto es que la Directiva de 2012 obliga en cuanto a la “*restorative Justice*” -aun cuando la versión en español de la Directiva aluda a la “Justicia reparadora” como discutible sinónimo de Justicia “restaurativa”<sup>12</sup>- y no únicamente en relación a la mediación.

En este sentido, no cabe duda de que la opción restaurativa se ha visto limitada<sup>13</sup> más que sensiblemente<sup>14</sup>, relegada en definitiva, a una concepción reparadora. Sirva como ejemplo de cuanto se señala lo dispuesto en el punto

---

11 A la vista de algunas de las últimas leyes aprobadas en los último tiempos. En este sentido, véase por ejemplo, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

12 Nótese el necesario matiz. Con todo, incluso en defensa de una correctísima concepción, hay autores que emplean en lengua española –o empleaban en otra altura del debate- “Justicia reparadora”. Véase en este sentido, TAMARIT SUMALLA, J.: “La justicia reparadora: ¿una justicia para la víctima?”, en AA.VV. *Manual de victimología* (coord. por E. BACA BALDOMERO, E. ECHEBURÚA ODRIOSOLA, y J. TAMARIT SUMALLA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 453.

13 Y es que en la versión oficial se transita desde la *restorative Justice*, a la “Justicia reparadora”, reconociendo, *ad maiorem*, la Real Academia de la Lengua Española el adjetivo “restaurativo”.

14 Así, frente a la conocida determinación de la antigua Decisión Marco, la Directiva únicamente se refiere una vez a la mediación y es justamente, para establecer cautelas en su aplicación. A mayores, la alusión se realiza en el considerando n.º 46 y no en el articulado: “Los servicios de justicia reparadora, incluidos, por ejemplo, la mediación entre víctima e infractor (...) pueden ser de gran ayuda para la víctima, pero requieren garantías para evitar toda victimización secundaria y reiterada, la intimidación y las represalias. Por tanto, estos servicios deben fijarse como prioridad satisfacer los intereses y necesidades de la víctima, reparar el perjuicio que se le haya ocasionado e impedir cualquier otro perjuicio adicional (...)”.

VI de la exposición de motivos de la Ley 4/2015: "Finalmente, se incluye una referencia a la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa. En este punto, el Estatuto supera las referencias tradicionales a la mediación entre víctima e infractor y subraya la desigualdad moral que existe entre ambos. Por ello, la actuación de estos servicios se concibe orientada a la reparación material y moral de la víctima, y tiene como presupuesto el consentimiento libre e informado de la víctima y el previo reconocimiento de los hechos esenciales por parte del autor. En todo caso, la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa quedará excluida cuando ello pueda conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima o pueda ser causa de cualquier otro perjuicio".

Ello no obstante, más allá de las objeciones señaladas y de la, en nuestra opinión, desafortunada transposición, el *leitmotiv* de la Directiva resulta claramente restaurativo, y ello, a la vista de las fobias que hasta hace bien poco despertaba la Justicia restaurativa y, particularmente, la mediación, supone un salto cualitativo nada desdeñable para la transformación del sistema de Justicia penal español, no sólo en lo evidente -desde las actuaciones policiales hasta la ejecución de las penas-, sino también en materia de prevención y de pacificación social.

## II. POLICÍA Y JUSTICIA RESTAURATIVA: MUCHO MÁS QUE MEDIACIÓN POLICIAL

### I. Mediación policial

A la hora de abordar la interacción de la actuación policial con la Justicia restaurativa<sup>15</sup>, particularmente con la mediación, se hace preciso realizar una consideración a modo de cautela: bajo la etiqueta "Mediación policial" se agrupan dinámicas que responden a parámetros bien diferentes. Nada nuevo bajo el sol: se trata de una consecuencia derivada de la necesidad de clasificar nuevas prácticas o institutos. El problema no radica tanto en que se denomine indebidamente

---

15 "Se considera a Herman Goldstein (...) el promotor de la idea del agente de policía como profesional capaz de resolver problemas, y de hecho ha dedicado su obra a esta temática de forma prioritaria", en REDORTA LORENTE, J.: "Aspectos críticos para implantar la mediación en contextos de policía", *RCSP*, 2004, núm. 15, p. 32.

El propio GOLDSTEIN "Desarrolló el concepto '*problem oriented plicing*' (POP). Sugirió que la solución de problemas es la esencia del trabajo policial y abogó para que los policías identifiquen las causas de los mismos. Basado en este concepto se desarrolló un modelo para identificar, analizar y resolver problemas específicos. La primera experimentación formal del modelo de policía orientada a los problemas tuvo lugar en la ciudad de Madison en los Estados Unidos en el año 1981. Se demostró que el Departamento de Policía puede hacer una mejor utilización de los recursos y aumentar la efectividad de los Oficiales de Policía (...)", en GALLARDO, R. y COBLER, E.: *Mediación policial. El manual para el cambio en la gestión de conflictos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 46.

Nótese al respecto, igualmente, que el punto 7 de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, Resolución 40/34 de la Asamblea General de 29 de noviembre de 1985, de conformidad con la que "Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación a favor de las víctimas".

una práctica, sino en que esa apelación acabe por generar más confusión que la clarificación que se procura a través de la categorización<sup>16</sup>.

Reconocen GALLARDO y COBLER esta dificultad, cuando señalan que "(...) se concluyó que lo que hacíamos los Cuerpos de Seguridad, era Resolución Alternativa de Conflictos y el concepto de Mediación quizás no era el más adecuado; así que surgieron diferentes tendencias que utilizaban esta terminología en contra del de Mediación Policial, de hecho, en algunas Organizaciones aún se habla de RAC (Resolución Alternativa de Conflictos)"<sup>17</sup>. En esta línea, crítica igualmente con las implicaciones del concepto, GOLDSTEIN evita "(...) la palabra mediación y se hace una amalgama de teorización, práctica e investigación para discernir cómo podría la policía desempeñar un nuevo papel que estuviera menos vinculado sólo a la ley, sobre todo en aquellos casos en que esto es posible, siguiendo un criterio de intervención mínima"<sup>18</sup>.

No se insistirá lo suficiente: la delimitación a través de la que categorizar el proceder policial que aquí se propone resulta más que relevante, toda vez que la asignación de una denominación u otra, comportará la aplicación de un régimen y pautas bien diferentes. Obviar esas diferencias, bajo nuestro criterio, abre la puerta no sólo a la confusión -cuestión ésta nada desdeñable si se considera el tortuoso camino de las *Alternative Dispute Resolutions* en el sistema de Justicia español-, sino también a que se generen unas expectativas que, en tanto que indebidamente asignadas, nunca se van a ver satisfechas.

16 En cuanto a este apartado 2.1 *vid.* CASTILLEJO MANZANARES, R. y ALONSO SALGADO, C., "Notas para un proyecto de mediación policial en la comunidad autónoma gallega", en AA.VV., *La mediación a examen: experiencias innovadoras y pluralidad de enfoques* (coord. por R. CASTILLEJO MANZANARES), Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2017.

17 GALLARDO, R. y COBLER, E.: *Mediación*, cit., pp. 40-41.

18 Continúa señalando REDORTA LORENTE, "Algunos modelos se han llevado a la práctica, por ejemplo el denominado SARA (Scanning, analysis, response, assessment) desarrollado en los Estados Unidos (...) por el Police Executive Research Forum. En este caso se trata de identificar el problema, analizarlo, actuar para mitigarlo y comprobar si la respuesta funciona. Este modelo ha tenido un seguimiento sistemático al menos hasta 1995", en REDORTA LORENTE, J.: "Aspectos", cit., p. 32.

El tema cuenta con no pocas implicaciones y, justamente por ello, no podemos sino discrepar cordialmente con GALLARDO y COBLER, cuando señalan: "(...) ¿por qué perdernos en discursos terminológicos?, Resolución Alternativa de Conflictos con la colaboración de la Policía, es mucho más largo y farragoso que 'Mediación Policial', y como ésta es una página empezada pero ni mucho menos acabada (...) ¿por qué no hacerlo, como ya hemos dicho?, con la idea de tener un discurso propio: lo que hace la Policía cuando colabora en la resolución alternativa de conflictos es Mediación Policial (...)". Y continúan indicando "(...) exactamente eso y no otra cosa ¿cómo? Lo iremos viendo a lo largo de estas páginas (eso pretendemos), marcando estilo, contribuyendo a un cambio de paradigma dentro de la Organización Policial, a otra forma de hacer las cosas, en el marco de la Conflictología, en la referencia de la Policía Comunitaria y de Proximidad como eje fundamental de trabajo (sin que podamos, de momento, dejar de lado la visión de una Policía Solucionadora de Problemas y/o intervención, ya que cualquier estrategia de Policía a corto y medio plazo, no puede ni debe renunciar a estos modelos). Pero también es importante y necesaria la terminología, ya que acuñar un nombre supone "ponerle cara", y en este aspecto es importante que decidamos cómo llamar a la herramienta, a nosotras nos parece que Mediación Policial está muy acertado, y que es apropiado, porque poniendo nombre a las cosas es cuando las ves, las reconoces y puedes empezar a entenderlas y aplicarlas", en GALLARDO, R. y COBLER, E.: *Mediación*, cit., p. 41.

A nuestro juicio, acertar con la correcta conceptualización debe pasar, necesariamente, por identificar las prácticas que constituyen ejemplos de mediación policial. Y si ya de por sí la irrupción de la mediación ha resultado más que problemática, ni que decir tiene que la misma aplicada al ámbito policial concita en su seno una panoplia nada desdeñable de objeciones. De este modo, lejos de lo que pudiera parecer, insistimos, lo relevante es identificar las diversas prácticas que hoy día se cobijan bajo la denominada "mediación policial", porque reciban o no debidamente esa etiqueta, resultan recursos de interés para la incorporación de elementos de la Justicia restaurativa en la parte del sistema más vinculada con la actuación policial.

Así las cosas, cuando nos referimos a la mediación aplicada internamente al ámbito policial, en efecto, puede afirmarse, no sin cautela, que estamos en presencia de mediación policial<sup>19</sup>. La apelación a la cautela viene exigida porque, de igual modo podría rebatirse que se categoriza como mediación (intra)policial, lo que en cualquier otro contexto serían claros ejemplos de mediación laboral o incluso organizacional, toda vez que no se solucionan conflictos derivados del ámbito de actuación de la policía, sino de su propia organización.

Por otra parte, cuando la mediación tiene por objeto el referido ámbito de actuación y es practicada por agentes de policía, cabe la posibilidad de emplear la categorización "mediación policial", y ello, aun cuando este supuesto es susceptible de generar discusión, toda vez que, bajo nuestro criterio, lo realmente relevante debe ser el objeto de la controversia o, incluso, las especificidades de las partes, y no tanto las referidas a las personas mediadoras. Piénsese en este sentido, que un conflicto comunitario, por ejemplo, es comunitario con o sin presencia policial. Con todo, a nuestro juicio, ambas interpretaciones son posibles, pues no se trata de un supuesto extraordinariamente diferente a otros bien conocidos en materia de mediación escolar, comunitaria, etc<sup>20</sup>.

Cabe, por tanto, identificar los dos supuestos señalados como mediación policial. Ahora bien, en aquellos otros en los que la policía desarrolla otro tipo de prácticas incardinables en la cultura mediadora, resulta más que discutible que de lo que se trate sea de mediación policial. Cuando los agentes efectúan labores del tipo referido –labores, por cierto, más que positivas–, gestionan el conflicto desde una perspectiva metodológicamente heterodoxa, útil y, por supuesto, plausible, pero que no constituye mediación *stricto sensu*. Cabría frente a esto que se señala,

19 Aunque cabría rebatir tal afirmación con base en que en este caso el objeto de la mediación no tiene que ver con la actuación policial, sino con su organización.

20 Piénsese por ejemplo en un conflicto entre el profesorado de un centro educativo: ¿estamos en presencia de una mediación laboral o escolar? Los límites son etéreos, no cabe duda, con todo, ello no debe servir para habilitar otros tantos supuestos en los que, la imprecisión conceptual no puede ser justificada con base en una zona de confluencia. Y es que si no hay un ámbito de común convergencia, lo que hay es, simplemente, una indebida delimitación conceptual.

alegar que en el ADN de la mediación está su naturaleza flexible. No se pone en cuestión aquí la referida nota, ello no obstante, de la predicada flexibilidad no se infiere, necesariamente, la falta de forma de la mediación. En otras palabras, la ausencia de una concepción unívoca de formalidad no puede servir para negar la estructura mínima del procedimiento mediador, estructura que la inmensa mayoría de la literatura especializada reconoce<sup>21</sup>. Desde una perspectiva estricta, el supuesto analizado suscita no pocas dudas.

Dificultades semejantes se encuentran para defender que el supuesto representado por la opción mediadora aplicada a las quejas y reclamaciones de la ciudadanía frente a una actuación policial, pueda ser categorizado como “mediación policial”. Constituye sin duda, una posibilidad de interés, pero se halla inserta –por extraño que pueda parecer– en la lógica de una suerte de mediación en consumo, y desde luego, en un plano diametralmente diferente al de un procedimiento mediador en el que ambas partes son particulares. Las implicaciones, como resulta fácil observar, son bien diferentes<sup>22</sup>.

Con todo, esta identificación crítica lo es únicamente a los efectos de delimitación conceptual, es decir, en nada obsta, a que prácticas como las referidas sean incluidas en un programa de mediación policial. Muy al contrario, cualquier programa que se precie de un mínimo de coherencia, debiera incorporar la señalada metodología. Y ello porque sin representar ejemplos acabados de mediación policial *stricto sensu*, constituyen *conditio sine qua non* para el correcto aprendizaje de la cultura mediadora. Así pues, con las cautelas apuntadas, no cabe duda de que las señaladas problemáticas pasadas por los referidos tamices metodológicos, son susceptibles de ser derivadas a una mediación *lato sensu*.

A este respecto se debe traer a colación el “Informe del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, THOMAS HAMMARBERG, referente a la gestión eficaz e independiente de las reclamaciones contra la policía”, en el que se

21 Por ejemplo, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2012.

22 Acerca de las diversas modalidades de mediación policial: “Dicho lo cual, y adentrándonos en una posible presentación del esquema en el que configuraremos el entorno ‘Medipol’, apuntaremos su articulación por ámbitos: El primer ámbito versará entre un agente y un ciudadano, y lo denominaremos Mediación Extra-Cuerpo o MEC. La segunda entre componentes de la Institución dada, o Mediación IntraCuerpo (MIC). Y una tercera y no por ello menos importante: entre ciudadanos a título individual o como representantes de un grupo con intereses propios (asociaciones de vecinos, comunidades de propietarios...etc.), donde el agente será el que medie. Denominaremos esta como de Servicio Público, o MSPA su vez, el Sistema se completaría con dos ámbitos más (cuarto y quinto), que atiendan respectivamente a la resolución de los aquellos conflictos dados entre agentes de distintos Cuerpos, que desempeñen cometidos en una misma demarcación. (Guardia civil / Policía Local – Cuerpo Nacional de Policía/Policía Local). Quizás será en este cuarto ámbito donde las distintas problemáticas deben ser resueltas con mayor esmero y prestancia dadas las implicaciones de más de un Cuerpo, por la concurrencia de funciones en una demarcación dada, y su presumible mayor impacto respecto a la vecindad de dicha demarcación. El quinto atenderá los conflictos entre sindicatos o asociaciones en sus relaciones endógenas e institucionales, así como entre sus representantes”, en TORRENS IBARGUREN, J.G., GUILLEN GESTOSO, C.L. y JUNCO CACHERO, M.S.: “Medipol: plan de gestión integral de resolución de conflictos, para fuerzas y cuerpos de seguridad”, *Revista de Mediación*, 2013, núm. 12, p. 43.

hace una prolija identificación de supuestos en los que una interacción incorrecta o, al menos, insatisfactoria entre la sociedad y la policía, puede ser gestionada – siempre que de la misma no se derive un proceso de investigación<sup>23</sup>– a través de la mediación. En particular, cabe destacar sus puntos 59-61, de conformidad con los que “El agente de policía que se haga cargo de gestionar una reclamación para la que se ha considerado oportuno un proceso de mediación deberá trabajar para recopilar información sobre la reclamación, saber cómo quieren proceder tanto la persona reclamante como el agente objeto de la reclamación, y, en su caso, designar un mediador. Algunos ejemplos de cómo se puede resolver satisfactoriamente y dentro de un plazo aceptable una reclamación por la vía de la mediación: que un miembro del cuerpo de policía de rango superior dirija una carta a la persona reclamante en la que exponga los motivos de la actuación que ha motivado la reclamación y, en su caso, una disculpa; (...) con un encuentro entre la persona reclamante y el agente que ha sido objeto de reclamación, con la presencia de representantes, en su caso, y bajo la supervisión de un miembro del cuerpo de policía de rango superior o un mediador independiente”.

En otro orden de cosas, es preciso destacar un reparo de envergadura nada desdeñable. Y es que, a la vista del ámbito competencial de la policía<sup>24</sup>, es preciso preguntarse: ¿cómo podría tener lugar esa mediación? Está claro que si la mediación se emplea a nivel interno para solucionar conflictos intra-policiales o se practica por agentes sobre conflictos previamente derivados, dada la ausencia de especificidades de relevancia, el procedimiento no presenta dificultad alguna. Así pues, responder a la pregunta exige dejar estos supuestos al margen, y centrarnos en el que, a nuestro juicio, atesora una naturaleza sino más genuina, desde luego sí más prototípica de lo que intuitivamente puede ser considerado como “mediación policial”: la mediación “en caliente”<sup>25</sup>.

23 En este sentido puede destacar el proyecto “Medipol”: “Avanzando en materia daremos cinco reglas (en relación al conflicto), de cumplimiento necesario para que se encuadre en un escenario Medipol: 1 Se atenderá siempre en relación a aquellos conflictos, en los que al menos un agente o agentes sean parte activa y en discordancia en virtud de una actuación, negligencia o dejación, y por la que puedan ser reputados como parte de dicho conflicto, en relación a un compañero o un ciudadano legitimado. Y siempre en virtud de la filosofía del Modelo. 2 Que dicho conflicto repercuta o pueda repercutir en el ejercicio de los Derechos y Libertades de las partes, y precaricen o puedan precarizar el Orden Público y/o la Paz Social. 3 Que los hechos objeto del conflicto, no sean a su vez reputables como ilícito penal o administrativo. 4 Que los hechos objeto del conflicto no se encuentren judicializados o incurso en expediente disciplinario, pendiente de sentencia o resolución. 5 Que se acepte voluntariamente por las partes el proceso Medipol. Por ello señalaremos que no todos los conflictos policiales, serán mediables. Solo lo serán aquellos de entidad y catalogados previamente por ámbitos de actuación, e incluíbles en la filosofía del Sistema en virtud de las anteriores premisas (...)”, en TORRENS IBARGUREN, J.G., GUILLEN GESTOSO, C.L. y JUNCO CACHERO, M.S.: “Medipol”, cit., p. 43.

24 A excepción de allí donde se especifique, entiéndanse las referencias a la “policía” de modo genérico, esto es, más allá de cualquier tipo de diferenciación.

25 “En este punto observaremos que a pesar de la juventud de la que llamamos mediación policial, ya se están definiendo sus contenidos de actuación a nivel formativo, donde ya queda bien claro y definidos que es la mediación en sí misma (intervenciones más apuradas que se alargan en el tiempo) y las intervenciones mediadoras sobre terreno (intervenciones más cortas) en la que muchas veces lo que aplican los agentes son habilidades comunicativas, técnicas de persuasión, y mediación sin un seguimiento posterior, que evita en

Lejos de lo que inicialmente pudiera pensarse, en este tipo de procedimiento mediador –“en caliente” esto es, *in situ*, en el momento–, se cumplirían las exigencias de una concepción estricta de mediación policial, toda vez que este tipo de mediación desarrollada sobre el terreno, únicamente<sup>26</sup> puede ser practicada por la policía. En esta modalidad, no cabe duda de que la mediación versa sobre el ámbito de actuación de la policía y que, en muchos casos, no admitirá derivación a una mediación posterior; motivo por el que, la mediación así desarrollada, resulta inequívocamente policial. Y es que, en no pocos casos, ante un requerimiento de actuación por parte de la policía, la derivación a una mediación posterior puede ser la bocanada de oxígeno que acabe por avivar el conflicto. Por eso, en esos supuestos, la posibilidad de efectuar –si las condiciones lo permiten– una mediación en el momento, puede servir sino para solucionar la controversia, para por lo menos aminorar su virulencia, entrando así en una lógica de gestión del conflicto que entronca directamente con la orientación preventiva del sistema de Justicia penal<sup>27</sup>.

Más allá de las potencialidades que se vienen de destacar, lo cierto es que no se puede negar que la mediación policial puede comportar, en no pocos casos, implicaciones de ejercicio profesional, en materia de tiempos, etc. Entre ese marco de dificultades cabe destacar, en primer lugar, que la mediación policial pone en tela de juicio el concepto tradicional de autoridad, dada la condición de autoridad pública de los miembros de la policía. Además, en segundo lugar, las especificidades de la mediación policial friccionan con algunos de los principios tradicionales de la mediación. Y es que, por ejemplo, un agente únicamente puede ser imparcial dentro de los umbrales determinados por su marco competencial, toda vez que una de sus funciones es la de protección, con todo lo que ello comporta en cuanto al orden público, o cuando hay derechos fundamentales en juego<sup>28</sup>. De igual modo, resultan evidentes las interacciones que dificultan la confidencialidad del procedimiento, en tanto que, en no pocos casos, las actuaciones se desarrollan en

---

muchas ocasiones la escalada del conflicto aunque no lo resuelva, y represente una situación de presión por motivo del recurso tiempo”, en TOLEDO FERNÁNDEZ, M.T.: “La mediación en la policía”, *Policía Canaria*, 2013, p. 15. Para el debate, “Una de las distinciones relevantes que nos parecen aplicables es la distinción de las intervenciones en función del tiempo que requieren. Así, no es lo mismo una intervención puntual que una intervención en un problema que se ha enquistado (*Short-term and long-term mediation*). De este modo se puede considerar que el tiempo es un factor crítico de la mediación policial.

Una de las otras distinciones relevantes de la mediación policial, de acuerdo con los autores que vamos siguiendo, es que ésta se distingue de la mediación formal por la necesidad de trabajar en situaciones donde no se ha producido una invitación o consentimiento previo para mediar; y en todo caso se ha de conseguir en el mismo momento. Finalmente, entiende que la distancia social y las obligaciones legales condicionan los criterios de casos en los que se puede intervenir”, en REDORTA LORENTE, J.: “Aspectos”, cit., p. 37.

- 26 ¿Quién? Los trabajadores y educadores sociales, por ejemplo, no están en todas partes y no son requeridos en cualquier momento del día o de la noche para solucionar un problema.
- 27 Incluso, una vez practicada la primera de las sesiones, podría derivarse a un centro de mediación en el que la mediación fuese asumida por esos mismos agentes o, incluso –siempre en atención a las específicas circunstancias–, por otros profesionales de la mediación.
- 28 TOLEDO FERNÁNDEZ, M.T.: “La mediación en la policía”, *Policía Canaria*, 2013, p. 8.



espacios sin privacidad. Otro tanto cabría señalar con respecto a la neutralidad<sup>29</sup> y a la voluntariedad del procedimiento, en atención a aspectos tales como, por ejemplo, la presencia del agente durante la prestación del consentimiento. Se trata "(...) en esencia, el problema del poder. En la medida en que la mediación parte de la base de que el tercero que la práctica sólo tiene autoridad sobre el proceso y no puede tomar el menor asomo de decisión, puesto que esto forzaría la voluntariedad de las partes afectadas, no sólo tenemos un problema de una posible carencia de neutralidad (según como sea el caso) sino que se tiene que ver cómo el agente es percibido más por sus habilidades profesionales que por el valor de su estatus de autoridad y representante del orden público"<sup>30</sup>.

Así las cosas, para poder viabilizar el procedimiento y acomodar los principios de la mediación a su práctica en el ámbito de actuación de la policía, es preciso abrazar un concepto amplio de mediación para cualquiera de sus variantes, sean estrictas o latas. Y es que la mediación aplicada al ámbito policial "(...) requiere renunciar a antiguos paradigmas de imposición autoritaria motivo por el cual se ve a la mediación y la resolución de conflictos como algo novedoso y algo que cuando se inicia provoca recelos (...) La mediación policial se ha de diferenciar de los procesos habituales de mediación (...)"<sup>31</sup>. Y es que, a nuestro juicio, no se puede medir la mediación aplicada al ámbito de actuación policial desde los parámetros de la mediación más tradicional o prototípica, pues el carácter impropio de este tipo viene determinado por la propia especificidad de un objeto<sup>32</sup> que no es sino el resultado mestizo de una hibridación de diversos ámbitos.

Así pues, con el marco limitado a la conceptualización que venimos de efectuar, en lo que ahora interesa, trataremos de explicar la mediación policial desde una perspectiva circunscrita a un tema de actualidad para las funciones policiales como es, la irrupción de los denominados "Códigos éticos".

## 2. En relación a los denominados "Códigos éticos"

### A) En el acervo normativo internacional: las Naciones Unidas y el Consejo de Europa

El debate en relación a los principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad cuenta con no pocos antecedentes de

29 Sobre la neutralidad existen más matices, pues se argumenta en no pocas ocasiones que es imposible ser neutral ante los conflictos, siendo obligada, en esta lógica, la imparcialidad y no la neutralidad. De interés: BARONA VILAR, S.: "La incorporación de la mediación en el nuevo modelo de Justicia", *Tiran Online*, 2011, núm. TOL2.313.226; GORDILLO SANTANA, L.F.: *LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y LA MEDIACIÓN PENAL*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 220-221, etc.

30 REDORTA LORENTE, J.: "Aspectos", cit., p. 36.

31 TOLEDO FERNÁNDEZ, M.T.: "La mediación en la policía", *Policía Canaria*, 2013, p. 12.

32 Fundamentalmente.

relevancia en el ámbito internacional<sup>33</sup>. Interesa comenzar ahora destacando la Resolución 690 relativa a la Declaración sobre la Policía, adoptada el 8 de mayo de 1979 por la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, así como la posterior Resolución 169/34 del 17 de diciembre del mismo año 1979, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que adopta el Código de conducta para funcionarios<sup>34</sup> encargados de hacer cumplir la ley<sup>35</sup>. A pesar de la sucesión cronológica, lo cierto es que el proceso de elaboración del texto de la ONU es anterior al aprobado por el Consejo de Europa, por lo que, a la vista de la formulación de ambos documentos, cabe interpretar que el primero ha servido de base de este último, toda vez que ha accionado los ejes fundamentales para la Declaración del Consejo de Europa<sup>36</sup>.

La importancia del texto de la ONU queda fuera de toda duda, toda vez que analiza los motivos y finalidades que deben presidir la redacción de un Código como el que ahora interesa<sup>37</sup>. Sin embargo, lejos de lo que inicialmente pudiera parecer, el *iter* no ha sido, ni mucho menos, sencillo. Basta para ilustrar lo señalado, traer a colación, por ejemplo, el quinto Congreso de la ONU sobre la Prevención del Crimen y Tratamiento del Delincuente -Ginebra del 1 al 12 de septiembre de 1975-, en el que se abordó, sin éxito, la conveniencia de articular un código ético policial. Con todo, en las mociones se logró destacar, finalmente, la necesidad de configurar un grupo de especialistas para evaluar la posibilidad de arbitrar un código internacional de ética policial.

Buena prueba de la relevancia del señalado texto, es que el mismo tuvo una notable influencia reflejo en el Estado español<sup>38</sup>, en concreto, en la Orden de 30 de septiembre de 1981 por la que se dispone la publicación del acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de septiembre de 1981 sobre principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

---

33 “El contacto dialéctico entre el orden y la libertad explica las relaciones, a veces difíciles, entre la policía y los ciudadanos. Para mejorar estas relaciones, necesitamos acciones de la policía ‘éticamente aceptables’. En los países de la Unión Europea, muchos textos definen estas reglas: la Convención Europea de salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (...), las normas del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Inhumanos o Degradantes (...), la Carta de Derechos Fundamentales, (2000), el Código Europeo de Ética de la Policía (...), y las leyes nacionales de los Estados”, en DEYRA, M. y GARCÍA ZEBALLOS, J. H.: “Los 7 ‘valores clave’ de la ética policial en los países de la Unión Europea”, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP*, 2011, núm. 41, p. 97.

34 “Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley cumplirán en todo momento los deberes que les impone la ley, sirviendo a su comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales, en consonancia con el alto grado de responsabilidad exigido por su profesión”, artículo 1 de la *supra* referida Resolución 169/34.

35 En adelante, ONU.

36 BERISTAIN IPIÑA, A.: “Código deontológico policial según las Naciones Unidas”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 1984, vol. VII, pp. 75 y ss.

37 Todo ello en línea lógica con la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, los Pactos Internacionales de los Derechos Humanos, etc.

38 Legislación interna *stricto sensu*, se entiende.

## B) Especial referencia a la Recomendación de 19 de septiembre de 2001

Como es sabido, a través de la Recomendación 10 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el Código Europeo de Ética de la Policía<sup>39</sup> del año 2001, se pretendió, justamente, proporcionar un modelo de Código para las fuerzas o servicios de policía públicos tradicionales, o a otros órganos autorizados y/o controlados por los poderes públicos cuyo principal objetivo fuese el de asegurar el mantenimiento del orden en la sociedad, y que contaran con autorización por el Estado para emplear la fuerza y/o poderes especiales para lograr este objetivo<sup>40</sup>.

Entre los diversos puntos que en la Recomendación se señalan, nos interesa destacar los que a continuación se relacionan. En primer lugar, de conformidad con el punto 12, la policía debe estructurarse de modo tal que sus agentes cuenten con el respeto de la población como profesionales responsables de la aplicación de la Ley. Asimismo, en segundo lugar, el punto 18 destaca que la referida estructura debe servir para incentivar las buenas relaciones con la población y, en su caso, una colaboración efectiva con otros organismos, las comunidades locales, organizaciones no gubernamentales y otros representantes de la sociedad, incluidos grupos minoritarios étnicos.

Desde un plano comunicativo resultan de interés los puntos 23 y 27 de la Recomendación, toda vez que, de acuerdo con el primero, los miembros de la policía deben ser capaces de demostrar discernimiento, apertura de mente, madurez, sentido de la Justicia, capacidad para comunicar y, llegado el caso, aptitudes para dirigir y organizar. Deben además, atesorar una buena comprensión de los problemas sociales, culturales y comunitarios. De igual modo, conforme al segundo de los puntos, la formación general de los agentes debe abrirse -en cuanto resulte posible- a la sociedad.

Desde una perspectiva reparadora y resocializadora la policía debe, por un lado, garantizar a la víctima del hecho delictivo, sin ningún tipo discriminación, el apoyo,

---

39 Adoptada por el Comité de Ministros el 19 de septiembre de 2001, en la 765ª reunión de los Delegados de los Ministros.

40 "El Comité de Ministros del Consejo de Europa, en fecha 19 de septiembre de 2001, adoptó la Recomendación REC (2001) 10 a los Estados miembros sobre el Código Europeo de Ética de la Policía, la cual constituye el primer instrumento supraestatal en materia de seguridad emanado de una institución europea, en un marco sobradamente extenso, integrado por cuarenta y cinco países miembros, y con un carácter pionero en el camino a seguir en el proceso de transnacionalización europeo, teniendo en cuenta como importantes precedentes la Resolución 690 (...) relativa a la declaración sobre la policía, aprobada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 8 de mayo de 1979 y la Resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979, por la que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Este Código es el fruto del interés demostrado reiteradamente desde hace años por el Consejo de Europa en materias relativas a la seguridad y a la policía y, en particular, en su relación con los derechos humanos y la protección de los principios fundamentales inherentes a las democracias pluralistas", en Resolución INT/1828/2004, de 14 de junio, por la que se aprueba la Instrucción para la incorporación y aplicación del Código Europeo de Ética de la Policía en relación con la actuación y la intervención de la policía de la *Generalitat-Mossos d'Esquadra*.

la asistencia y la información que precise<sup>41</sup>. Además, por otro lado, la privación de libertad debe limitarse todo cuanto sea posible y, siempre, considerando la dignidad y las necesidades personales del detenido<sup>42</sup>.

Sin embargo, a nuestro juicio, la disposición que mejor permite la incorporación de la vía restaurativa al Código ético viene de la mano del punto 62 de la Recomendación. Y ello fundamentalmente porque subraya la conveniencia de incentivar “(...) la implantación de mecanismos que favorezcan la responsabilidad y que se basen en la comunicación y la comprensión entre la población y la policía”<sup>43</sup>. Se ajustan a la perfección a esta lógica, por ejemplo, las *face-to face conferences of victims, offenders and stakeholders*. A través de estas conferencias se procura que sean las propias partes las que planteen un acuerdo satisfactorio para ambas, especificando para ello, los efectos generados por la perpetración del hecho delictivo y sus eventuales consecuencias *ad futurum*<sup>44</sup>. Entre las características que la definen se puede destacar, sobre ciertos procesos de carácter colectivo<sup>45</sup>, el rol desarrollado por los asistentes del victimario que, bajo una suerte de dirección, participan a modo de facilitadores de un acuerdo derivado de la propuesta de conferencia, que puede, en su caso, incorporar la reparación<sup>46</sup>.

El aludido carácter colectivo no hace sino acentuar la naturaleza restaurativa de la metodología<sup>47</sup>. Tan es así “(...) que algunos autores consideran que el *conferencing* es la práctica más restaurativa de todas, al incluir en el proceso no sólo a los afectados directamente por el delito, sino también a los afectados secundarios, esto es, a los que viven en el entorno del infractor y la víctima –integrantes de organizaciones educativas, religiosas o sociales del territorio de proximidad de las partes- y al conjunto de la sociedad, representada por los trabajadores de la

41 Punto 52 de la Recomendación.

42 Punto 54 de la Recomendación.

43 Punto 62 de la Recomendación.

44 ALONSO SALGADO, C.: “Dos ‘círculos’ ás ‘conferencias’: aproximación ás posibilidades da Xustiza restaurativa no sistema de Xustiza penal”, *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*, 2014 núm. 2, pp. 24 y ss.

45 “(...) la participación de la comunidad en el proceso de *conferencing* constituye un aspecto muy distinto respecto de la mediación, e implica que la comunidad deje de ser un ente abstracto para pasar a constituir un auténtico agente del proceso en la toma de decisiones, un tercer actor, de manera que se considera que su rol es doble. Por un lado, es una parte perjudicada por el hecho delictivo, en la medida que éste ha supuesto una alteración de la paz social y de los valores y normas de convivencia. Por otro lado, se le atribuye a la comunidad la posibilidad de ofrecer apoyo a la víctima y al ofensor, facilitando la superación del delito e implicándose activamente en la reparación. Ello permite llevar a la práctica precisamente uno de los valores clave del paradigma de justicia restaurativa según el cual, además de una participación activa y directa de las personas protagonistas en los hechos, es fundamental la implicación de personas del entorno y de la comunidad, puesto que estos otros actores no son sólo un medio para conseguir la reparación y reintegración de las personas, sino que la reparación que el comportamiento delictivo causa al entorno de las partes y a la comunidad y la implicación de la misma en la búsqueda de soluciones son también un fin en sí mismo”, en GUARDIOLA, M.J., ALBERTI, M., CASADO, C. y SUSANNE, G.: “Conferencing: origen, transferencia y adaptación”, en AA.VV.: *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones* (coord. por J.TAMARIT SUMALLA), Comares, Granada, 2012, p. 239.

46 BARONA VILAR, S.: *Mediación*, cit., p. 145.

47 BARONA VILAR, S.: *Mediación*, cit., p. 145.

administración pública con un cierto nivel de autoridad (policía, jueces, fiscales, entre otros)<sup>48</sup>.

Así pues, de todo cuanto se ha señalado y, particularmente, de este último punto cabe inferir la presencia en la Recomendación, de algunos elementos restaurativos, no sólo por la especial consideración a la víctima y al victimario, sino por las continuas referencias a la perspectiva comunitaria del conflicto representado por la comisión del hecho delictivo. ¿Qué otra interpretación cabría extraer a la vista de la alusión de que los mecanismos "se basen en la comunicación"? A nuestro juicio, únicamente una lectura en clave restaurativa permite dar salida al desiderátum de la Recomendación.

Esta interpretación cobra fuerza si se atiende a lo señalado -en relación al referido punto 62- por el memorando de la publicación a través de la que el Consejo de Europa editó la Recomendación. De conformidad con el que el "Paragraph 62 encourages the development of public-police relations through accountability mechanisms. These should bring the public closer to the police and would contribute to a better mutual understanding and foster the settlement of disputes between the police and the public. Mechanisms for such accountability could include a mediation or complaints structure that provides contact and negotiation and an informal method of dispute resolution. Preferably, such mechanisms should be independent of the police"<sup>49</sup>.

Así pues, no cabe duda de que, a la luz de la Recomendación, resulta de interés el desarrollo de un proceso comunicativo entre la policía y la sociedad, que permita una paulatina aproximación y que contribuya a lograr un mejor entendimiento recíproco y a incentivar la resolución de sus conflictos. Asimismo, se estima que, a través de la mediación o un sistema de gestión de reclamaciones que proporcione un método informal de resolución de conflictos, se puede facilitar la imprescindible rendición de cuentas.

Con todo, aun cuando las disposiciones resulten de interés desde una perspectiva restaurativa<sup>50</sup>, lo cierto es que, en primer lugar, la literalidad de la redacción exige al lector poco menos que un ejercicio exegético. Cabe colegir

48 GUARDIOLA, M.J., ALBERTI, M., CASADO, C. y SUSANNE, G.: "Conferencing", cit., p. 240.

49 COUNCIL OF EUROPE, "The european code of police ethics. Recommendation REC. 10 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 19 September 2001 and explanatory memorandum", *Council of Europe publishing*, 2002, pp. 69-70.

50 Nótese la relación con la Justicia restaurativa: "Por tanto, al ser la deontología policial expresión de la ética policial, ésta tiene como finalidad orientar el comportamiento profesional de los policías según los siguientes criterios de acción: (...) Una función social: Desde la ética profesional, la gestión policial debe ser considerada como un medio que busca fines superiores, como la justicia y la paz. Para ello es necesario que la labor policial ayude a fortalecer la confianza entre los integrantes de una sociedad, con el fin de contribuir a la cohesión social, base de la democracia, de la participación ciudadana y de la convivencia social", en HERRERA VERDUGO, A.: "Deontología policial: Reflexiones y retos para las policías de la región americana", *policia.cl*, 2006, p. 5.

de la filosofía del texto la señalada óptica, ello no obstante, en segundo lugar, la referencia se arbitra de un modo tan sumamente vago e impreciso que, incluso como Recomendación, resulta poco ambiciosa a los efectos de significar un elemento de consideración en el Código Europeo de Ética de la Policía. En otras palabras, aun cuando se trate de una Recomendación, difícilmente se podrá promocionar una específica implementación entre los Estados miembros, cuando ni tan siquiera el texto-canon resulta diáfano en cuanto al desiderátum.

### C) En España

Tal y como se anticipaba, la Recomendación ha contado con un indiscutible impacto en diversas disposiciones normativas en el Estado español.

Cabe a este respecto subrayar, en primer lugar, la Ley del Parlamento de Cataluña 4/2003, de 7 de abril, de Ordenación del Sistema de Seguridad Pública de Cataluña, toda vez que a través de su artículo segundo se establecen los principios básicos de actuación de la policía autonómica. En lógico desarrollo con esto que se viene de señalar, se hace preciso destacar la Resolución INT/1828/2004, de 14 de junio, por la que se aprueba la Instrucción para la incorporación y aplicación del Código Europeo de Ética<sup>51</sup> de la Policía con respecto a la actuación y la intervención de la policía de la *Generalitat-Mossos d'Esquadra* que, en su punto 6, en relación a las funciones de intervención en la resolución amistosa de conflictos privados, indica que, "La policía de la *Generalitat-Mossos d'Esquadra*, en el marco de las funciones que le atribuye la Ley 10/1994, de 11 de julio, de la policía de la *Generalitat-Mossos d'Esquadra*, y, específicamente, el artículo 12.1 cuarto, de acuerdo con el fomento de las relaciones con los diferentes grupos y colectivos sociales, potenciará los instrumentos adecuados para conseguir la resolución amistosa de los conflictos privados mediante las actuaciones de mediación social que sean necesarias".

En línea semejante, en el punto 7.2, en relación a la responsabilidad y control de la policía de la *Generalitat-Mossos d'Esquadra*, se dispone que "La policía de la *Generalitat-Mossos d'Esquadra* tiene que impulsar la implantación de mecanismos que permitan resolver los conflictos entre la ciudadanía y la policía basados en la comunicación y en la comprensión mutua entre ambas partes, sociedad y cuerpo policial".

51 "Precisamente la mencionada Instrucción, aprobada por la Resolución INT/1828/2004, reflejó de forma expresa la voluntad del Departamento de Interior, al que corresponde el mando y la dirección superior del cuerpo de *Mossos d'Esquadra* (artículo 16.2 de la Ley 10/1994, de 11 de julio, de la policía de la *Generalitat-Mossos d'Esquadra*) de incorporar y ordenar la aplicación del citado texto internacional, el Código Europeo de Ética de la Policía, en relación con la actuación y la intervención de la policía de la *Generalitat-Mossos d'Esquadra*, teniendo en cuenta como importantes precedentes la Resolución 690 (...) relativa a la declaración sobre la policía, aprobada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 8 de mayo de 1979 y la Resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979, por la que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley", en Resolución INT/179/2011, de 26 de enero, por la que se deja sin efecto el Código de ética de la policía de Cataluña.

Fruto de los referidos antecedentes fue aprobado, a través de la IRP/3648/2010, de 12 de noviembre, el Código de ética de la policía de Cataluña<sup>52</sup>. El Código de 2010 resulta de interés desde una perspectiva restaurativa toda vez que, en el mismo, abundan las disposiciones vinculadas a la mediación, la conciliación, etc. Véase a este respecto, en primer lugar, lo señalado en su artículo 48, de acuerdo con el que "Las funciones de prevención de las personas miembros de los cuerpos de policía de Cataluña constituyen un contenido esencial de su actividad pública en la medida en que expresan su participación en las políticas sociales (...) Igualmente, cumplen tareas de prevención en la regulación y vigilancia del tráfico, en los primeros auxilios, en coordinación con otros servicios, ante situaciones de emergencia y en la mediación en los conflictos individuales y sociales con el fin de evitar, en la medida en que sea posible, que trasciendan al ámbito penal".

En línea semejante se pronuncia, en segundo lugar, el artículo 79 del Código, de conformidad con el que la formación de la policía debe incorporar el aprendizaje de métodos para la resolución pacífica de controversias y métodos de mediación y negociación<sup>53</sup>.

Mención aparte, dada su indudable relevancia, merece lo dispuesto en el artículo 41, de acuerdo con el que "Sin perjuicio de las diligencias policiales que sean oportunas en el caso de la comisión de una infracción penal, la organización de las policías de Cataluña, a través de las personas especializadas o de las autoridades encargadas de la resolución pacífica de conflictos, tiene que fomentar los mecanismos de mediación en conflictos entre los/las ciudadanos/as, con el fin de favorecer, si es posible, la resolución pacífica y la disminución de los efectos. La función mediadora (...) se consigue mediante los contactos estables con personas y entidades que representen los intereses de su actividad en el ámbito territorial, en coordinación con los otros servicios (...) Desde este conocimiento mutuo pueden incidir en la solución amistosa y razonada de los conflictos individuales y sociales (...)".

Desafortunadamente este primer Código contó con menos éxito del esperado, toda vez que, pocos meses después de su aprobación, la norma fue

---

52 Cabe identificar, de igual modo, como antecedente del texto, el "(...) Código de Conducta de las Naciones Unidas para los funcionarios encargados de cumplir la ley (...) donde además dice que 'la función policial debe tener una repercusión directa en la calidad de vida de los individuos y la sociedad', (...) también se inspira en las declaraciones internacionales y en la normativa policial vigente, basándose en un riguroso respeto por los derechos humanos, promoviendo la consciencia profesional y el respeto por los derechos y libertades de las personas; así que ahora nos situaremos en el plano de la filosofía moral, en el nivel de la ética, que nos ofrece las nociones de lo bueno y de lo correcto –no de lo obligatorio por la norma legal- acerca del comportamiento del Mediador", en GALLARDO, R. y COBLER, E.: *Mediación*, cit., pp. 132-133.

53 De importancia más sectorial, se destaca en su artículo 44 que "En las actuaciones con respecto a personas inmigrantes, ya sean denunciantes, testigos o bien posibles personas infractoras penales, hay que promover la atención dirigida a garantizar la plena información y comunicación lingüística, así como la observación y la comprensión de su hecho cultural, incorporando, si es posible, programas de mediación intercultural".

derogada<sup>54</sup>. Con todo, a través del Acuerdo del Govern número 25, de 24 de febrero el presente año 2015, viene de aprobarse un nuevo Código de ética de la Policía de Cataluña, en el que explícitamente se señala, en relación a la actuación de la Policía, que “En la medida de lo posible, la Policía de Cataluña debe tratar de resolver las situaciones de conflicto a través de la mediación, del diálogo y de otros métodos de resolución que no impliquen necesariamente el uso de la fuerza. En aquellas situaciones en las que se considere que se han agotado los mecanismos de resolución mencionados en el punto anterior o no haya sido posible llevarlos a cabo, se podrá hacer uso de la fuerza cuando sea estrictamente necesario para el cumplimiento de sus funciones”<sup>55</sup>.

Así pues, aun cuando, tal y como se indicaba *supra*, la Recomendación resulta ambigua al respecto, el Código catalán ha sabido corporeizar el *leitmotiv* de la misma, no sólo con una indicación en positivo en relación a las posibilidades de actuación de la Policía, sino al deslizar la consideración subsidiaria y proporcional del uso de la fuerza. Probablemente ello no se trate de un conjunto de casualidades, sino de una causalidad: la firme determinación que, desde hace años, ha venido mostrando la *Generalitat* de Cataluña en la materia, determinación que, insistimos, no ha sido casual, ni coyuntural, sino fruto de un ejercicio colectivo de reflexión que trasciende las muy diversas sensibilidades de las diferentes organizaciones políticas que, a lo largo de estos últimos años, han contado con responsabilidades de gobierno en la comunidad autónoma catalana<sup>56</sup>.

Con desigual importancia, en el marco de la comunidad autónoma gallega puede destacarse la Ley 8/2007, de 13 junio, Ley de Policía de Galicia, cuyo artículo 15.1 señala que el Cuerpo de Policía de Galicia ejercerá, en el ámbito de seguridad ciudadana, las funciones legalmente atribuidas, “(...) especialmente: (...) Mantener el orden público, de acuerdo con el ordenamiento jurídico; (...) Prevenir la comisión de actos delictivos e intervenir cuando fueran cometidos; Intervenir en la resolución amistosa de conflictos privados si fuese requerido”<sup>57</sup>.

54 Véase la Resolución INT/179/2011, de 26 de enero, por la que se deja sin efecto el Código de ética de la policía de Cataluña.

55 Punto 38 del Código.

56 Y ello, tal y como acredita, no sólo las referidas disposiciones, sino también, y muy especialmente, la creación del Comité de Ética de la Policía de Cataluña.

En efecto, “(...) mediante el Decreto 230/2007, de 16 de octubre, se creó el Comité de Ética de la Policía de Cataluña, órgano de carácter consultivo en materia de conducta ética de los cuerpos de policía de las instituciones propias de Cataluña, el cual tenía entre sus funciones la de elaborar la propuesta del Código de ética de la policía de Cataluña, así como las correspondientes modificaciones y actualizaciones, y hacer el seguimiento de su aplicación. En base a estas previsiones el Comité de Ética de la Policía de Cataluña hizo una propuesta de Código de ética específica en el ámbito de Cataluña y para la policía de Cataluña (policía de la *Generalitat-Mossos d'Esquadra* y cuerpos de policía local), a pesar de la existencia del citado Código de ámbito europeo inspirador de la actuación en un ámbito mucho más amplio en el que se circunscribe nuestro país, y con una voluntad de detallar mucho más exhaustivamente los ámbitos de actuación policial”, en Resolución INT/179/2011, de 26 de enero, por la que se deja sin efecto el Código de ética de la policía de Cataluña.

57 “Para ello, la presente Ley contempla los principios básicos de actuación que componen el código ético policial, incluidos en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que obligan a todos los cuerpos policiales



A nivel estatal<sup>58</sup> -más allá de lo ya señalado en relación a la Orden de 30 de septiembre de 1981- hay que comenzar por destacar la Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo, reguladora de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, no sólo porque en su capítulo segundo se recojan los principios básicos de actuación que, en opinión de GALLARDO y COBLER, "(...) constituyen un auténtico código deontológico para la Organización Policial"<sup>59</sup>, sino porque, en relación al Consejo de Policía, su artículo 25 hace una reveladora alusión a la posibilidad mediadora. En particular, el referido artículo señala que "Bajo la presidencia del Ministro del Interior o persona en quien delegue, se crea el Consejo de Policía, con representación paritaria de la Administración y de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía. Son funciones del Consejo de Policía: La mediación y conciliación en caso de conflictos colectivos (...)"<sup>60</sup>.

Sorprende la disposición, no sólo por la referencia a la mediación, sino porque ésta no es fruto de una modificación reciente de la Ley, toda vez que el artículo ha mantenido la alusión tanto en su redacción original, como en la vigente desde el 24 de noviembre de 2010 hasta este mismo año 2015. A la vista de ello, no puede dejar de causar asombro igualmente que, conocida la mediación en el ámbito policial, no hubiese contado con un mayor progreso, máxime tras la aprobación de la Recomendación de 2001.

En efecto, con todo lo sorprendente que resulta el punto de partida, lo cierto es que el mismo no ha contado con el debido desarrollo, en tanto que no se ha profundizado de manera significativa la línea emprendida. Más allá de la ausencia de referencias de relevancia en materia restaurativa, la reciente promulgación de la Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional ha venido a confirmar que no sólo no se intensificado la presencia de elementos del nuevo paradigma, sino que tampoco se ha diversificado la referencia pre-existente. La única referencia que la señalada ley efectúa a la mediación no

---

y que, a su vez, se inspiran en las resoluciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y de la Asamblea General de las Naciones Unidas, especialmente en lo relativo a la Declaración sobre la policía y al Código de conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley. Se añaden a estos principios los que pueden aplicarse directamente a los agentes encargados de hacer cumplir la Ley, que vienen recogidos en el Código europeo de ética policial de 2001. Como consecuencia de estos principios, se impone a los miembros de la Policía de Galicia un absoluto respeto a la Constitución, al Estatuto de Autonomía y a la legislación vigente, así como la obligación de actuar en el desempeño de sus funciones con integridad y dignidad y con secreto profesional y de respetar el honor y la dignidad de la persona, interviniendo siempre en defensa de las leyes y la seguridad ciudadana. Además, dado el respeto que la Policía de Galicia debe a la sociedad, a la que pertenece y de la cual proviene su mandato, le exige la utilización de los recursos coactivos sólo en situaciones extremas y con una inflexible aplicación de los principios de oportunidad, proporcionalidad y congruencia. De esta forma, los miembros de la Policía de Galicia se ajustarán en su labor a la mayor profesionalidad posible, con las limitaciones y los sacrificios que sean necesarios en favor del servicio que prestan", en punto III de la exposición de motivos de la Ley 8/2007, de 13 junio, Ley de Policía de Galicia. Véanse a este respecto los artículos 8 a 14 de la Ley.

58 Entiéndase, por tanto, en relación al marco competente.

59 GALLARDO, R. y COBLER, E.: *Mediación*, cit., p. 132.

60 Téngase a este respecto presente el artículo 17 de la Ley 4/1992, de 17 julio, Ley de Policías del País Vasco; y el artículo 20 de la Ley 8/2007, de 13 junio, Ley de Policía de Galicia.

hace sino reproducir los parámetros del derogado artículo 25 de la Ley Orgánica 2/1986, toda vez que su artículo 94 destaca que “Bajo la presidencia del Ministro del Interior o persona en quien delegue, existirá el Consejo de Policía, órgano colegiado de participación con representación paritaria de la Administración y de los representantes de los miembros de la Policía Nacional. Son funciones del Consejo de Policía: La mediación y conciliación en caso de conflictos colectivos”<sup>61</sup>.

### III. CONCLUSIÓN

Si bien las notas que mejor definen la actual interacción entre la Justicia restaurativa y los protocolos de actuación y/o códigos éticos de la policía, son la vaguedad y la imprecisión, lo cierto es que formulaciones como las *supra* destacadas, habilitan un espacio para que, con voluntad, se intensifique la magnitud de la referida interrelación.

En palabras de JANSON<sup>62</sup> -Director General de Asuntos Jurídicos del Consejo de Europa, Secretario del Comité de Expertos sobre ética policial y problemas en relación con la policía y, a la postre, encargado de elaborar el borrador del Código Europeo de Ética de la Policía-, con la Recomendación de 2001 se pretendía, entre otras cuestiones: la promoción de una “Policía cercana al ciudadano”, de las “funciones de asistencia y servicio y una disposición general de respeto de los derechos fundamentales (los derechos humanos)”, y el fomento de “unas buenas relaciones entre la policía y el ciudadano”. Con esta finalidad el Código propone que “la organización de la policía esté tan abierta a la sociedad como pueda”, en tanto que “debe reflejar la sociedad a la que sirve” y que en cuanto a la cualificación, reclutamiento y fidelización del personal, habrá de considerarse la “Capacidad de discernimiento, actitud abierta y habilidades comunicativas”, para “fomentar la comunicación y la comprensión mutua entre el ciudadano y la policía”.

Frente a lo alegado por JANSON -que no trata sino de corporeizar el *leitmotiv* de la Recomendación-, cabría oponer que, finalmente, muchas de las indicaciones debieran darse por sentadas en cualquier Estado de Derecho. Con todo, como es sabido, lo cierto es que, lamentablemente, ello dista mucho de ser así. En un continente azotado por las tensiones político-territoriales, la conformación de democracias jóvenes, aún por consolidar y, por tanto, de cuerpos de policía que han transitado por diversos estadios al tiempo que los sistemas políticos

61 Al carecer, *per se*, de valor normativo, no se entra a valorar el denominado Código Ético del Cuerpo Nacional de Policía de 2013 que únicamente se limita, a nuestro juicio, a compilar contenido previsto en otras normas legales, como las leyes de 1981 y 1986 a las que *supra* se hacía referencia. Con todo, nótese lo dispuestos en el punto 2.6 del artículo 21, de conformidad con el que los valores de la flexibilidad y la creatividad “Implican la capacidad para buscar soluciones alternativas en orden a resolver todo tipo de situaciones conflictivas. Exigen valorar, adaptarse a las circunstancias y constatar que cada situación puede tener procesos de resolución diferentes”.

62 JANSON, B.: “El Código Europeo de Ética de la Policía. Razones y directrices para el cambio”, *RCSP*, 2003, núm. 12, pp. 12 y ss.

evolucionaban, estas referencias lejos de ser improcedentes, resultan más que convenientes. En palabras del señalado autor "Aunque se empezó a trabajar en un código de ética a partir de la necesidad de una reforma policial en la Europa del Este, existen reformas policiales en curso tanto en las democracias más jóvenes como en las más experimentadas"<sup>63</sup>.

Como es fácil observar, lo cierto es que buena parte de las señaladas proclamas no tienen un fácil traslado sino es desde una perspectiva restaurativa<sup>64</sup>. Es más, a la luz todo ello del artículo 25.2 de la Constitución española<sup>65</sup>, sino restaurativo, ¿de qué otro modo –efectivo, entiéndase- cabría interpretar las referidas finalidades y objetivos? Además, ¿cómo se puede fiscalizar la correcta interiorización de los valores señalados en el Código? A nuestro juicio, únicamente a través de la estrategia restaurativa podrán ser incorporados los valores, no por adhesión, sino por la socialización propia del natural aprendizaje de los miembros de la policía.

Pero es más, en un sistema que camina hacia lo restaurativo, ¿cabe acaso que la policía nacional y/o homólogos actúen en línea divergente al sistema en el que operan? Como es sabido, la presencia de elementos restaurativos no excluye la presencia de otros tantos de signo diferente. Es decir, dado el actual estado de cosas, no pretende aquí afirmarse la existencia "(...) de dos modelos, el de la justicia restaurativa y el de la justicia distributiva, como si fueren antagónicos y hubiere que optar necesariamente por uno de ellos"<sup>66</sup>. Con todo, resultaría absurdo negar que la aspiración final de quienes escriben, es la de un cambio en el modelo de Justicia, particularmente, en el modelo de Justicia penal.

Tal y como se destacaba *supra*, se advierte en diversas reformas y proyectos de modificación del sistema de Justicia penal español, una tendencia -formal y, en buena medida, motivada por los imperativos derivados de nuestros compromisos supra-estatales, filo-restaurativa-. Así pues, dada la señalada tendencia, insistimos: ¿cabe acaso que la policía nacional y/o homólogos actúen en línea divergente al sistema en el que operan?

A esto que se señala podría objetarse que el distinto ámbito competencial de los diversos Cuerpos y Fuerzas de Seguridad y, por tanto, su diferente relación de proximidad con el orden jurisdiccional penal, repercute en las prácticas mediadoras susceptibles de ser desarrolladas.

63 JANSON, B.: "El Código", cit., p. 18.

64 "Y, mientras tanto, nuevas aproximaciones aparecen vinculadas indirectamente al propio proceso de la policía, como la 'justicia restaurativa', que no es más que el concepto más elaborado de la mediación aplicada al campo penal. Por tanto, tendremos que resituarse la mediación de la policía y, por esto, quizás se necesiten los marcos siguientes: en la justicia restaurativa; en la policía de proximidad; en el propio rol del policía", en REDORTA LORENTE, J.: "Aspectos", cit., p. 33.

65 "Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados (...)".

66 BARONA VILAR, S.: *Mediación*, cit., p. 144.

A este respecto, lo cierto es que no se discute aquí que “El nivel adecuado de aplicación para este nuevo modelo policial es el municipio, así que la Policía Local tiene la infraestructura adecuada por su naturaleza de proximidad a la ciudadanía, que puede favorecer la interrelación de las instituciones que lo componen, que propicia el trabajo en coalición, y también, por nuestra capacidad de movilizar los recursos de la ciudad, lo que beneficia la percepción de seguridad, algo que además, es nuestra misión”<sup>67</sup>. Con todo, más allá del supuesto prototípico de la mediación policial vinculada al ámbito local, ello no implica que no sea posible en otros ámbitos. Es más, a nuestro juicio, el potencial restaurativo de la mediación policial encuentra mucho mejor acomodo en supuestos en los que interviene, con más vigor, el elemento penal.

En este sentido, más allá de la Policía Municipal, la mediación cuenta ya con referentes en otras Policías como, por ejemplo, la Policía Nacional. Con ello lo que se señalar es que la mediación policial es mucho más que mediación comunitaria. Experiencias como la desarrollada entre la Jefatura Superior de Policía de Andalucía Oriental en colaboración con la Universidad de Granada, así lo acreditan. Orientada, fundamentalmente –en lo que ahora interesa-, a la solución de los conflictos surgidos en relación a las “antiguas” faltas de injurias, amenazas y daños –en particular, la antigua falta de daños del art. 625.I del Código Penal<sup>68</sup>, artículo derogado por la disposición derogatoria única de la Ley Orgánica número 1/2015, de 30 de marzo-, la mediación policial, en los parámetros del proyecto granadino, se estructura de manera pre-procesal, toda vez que una vez iniciado el proceso, si bien la mediación y la Justicia restaurativa cuentan con otras posibilidades, el papel de la policía en ellas, pierde vigor<sup>69</sup>.

El ejemplo granadino evidencia no sólo que la mediación policial vinculada al ámbito penal es factible, sino que es altamente recomendable. ¿Por qué entonces negar un instrumento como la mediación, al que se le adjudiquen tantas bondades, a un delito privado de injurias, por ejemplo? ¿Por qué limitar su virtualidad a molestias y problemáticas de convivencia?

Así las cosas, y sin desconsiderar la multitud de objeciones<sup>70</sup>, ¿por qué apostar finalmente por la “mediación policial”? Pues fundamentalmente porque, en

67 GALLARDO, R.: “Mediación policial: otra forma de ‘hacerpolicía’”, *Vila-real.es*, 2014, p. 2.

68 “Serán castigados con la pena de localización permanente de dos a 12 días o multa de 10 a 20 días los que intencionadamente causaran daños cuyo importe no exceda de 400 euros”.

69 De este modo, los ciudadanos pueden acceder al servicio de mediación policial bien a través de la Oficina de Denuncias, bien por la propia intervención de los agentes, siempre que el caso—tanto por el ámbito subjetivo, por el objetivo o por las circunstancias concurrentes- sea susceptible de ser mediable.

70 “Ahora bien, es obvio que hay dificultades importantes. En primer lugar, la labor del policía como agente de Mediación, y no como mero informador de delitos, tendría que ser potenciada. Si el policía se limita a detener al supuesto o supuestos culpables y a llevarlos ante el juez, porque de este modo se recompensa su labor, entonces la Mediación tenderá a verse como un trabajo no ‘realmente policial’, y con ello se impondrá el modelo policial reactivo, orientado a responder exclusivamente al hecho, sin que tengan posibilidad alguna de

palabras de REDORTA<sup>71</sup>, más allá de que "Las dificultades de aplicar la mediación en el campo de la policía son reales y objetivas y derivan tanto del propio discurso de la mediación como de la propia tarea policial", y de que "No considerar o minimizar este hecho conducirá al fracaso o a 'quemar' la idea de la mediación como recurso potente", lo cierto es que "(...) es una excelente apuesta estratégica si se implanta con rigor". Y es que la mediación policial contribuye a la cohesión social en el ámbito comunitario y, de este modo, posibilita la profundización en las orientaciones preventivas<sup>72</sup> y resocializadoras del sistema de Justicia penal. Por consiguiente, además de los beneficios de la respuesta restaurativa -que debe comportar, siempre, reparación para la víctima, resocialización para el victimario y participación en la resolución para la comunidad-, este tipo de mediación policial "(...) permite no sólo solucionar los conflictos, sino evitar que éstos lleguen a convertirse en delitos o en delitos más graves. Esto es claramente una estrategia proactiva (...) La labor mediacional de la policía (...) tiene la virtud de ayudar a restaurar el control social informal, el sistema de prevención del delito más eficaz. Cuando la gente se siente implicada en lo que sucede en una zona, allí donde viven, se une para controlar el espacio y para intervenir en los inicios del conflicto, antes que escale hasta convertirse en un delito o en un delito grave"<sup>73</sup>.

---

establecer vínculos significativos con la comunidad y, por ello, de ser eficaces como constructores de la red social y del consiguiente control social informal", en GARRIDO GENOVÉS, V.: "Prólogo", en AA.VV.: *Mediación policial. El manual para el cambio en la gestión de conflictos*, (aut. R. GALLARDO y E. COBLER), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 21-23.

71 REDORTA LORENTE, J.: "Aspectos", cit., p. 44.

72 "Esta labor preventiva tiene otro beneficio importante: liberar tiempo de trabajo para ocuparse en otras tareas policiales. Diversas experiencias de Mediación en los EE.UU. señalan una importante disminución en el número de llamadas policiales por disputas y conflictos entre vecinos después de la implantación de un programa de policía comunitaria donde se empleaba la Mediación. Otro beneficio importante redundaba en los propios policías: estos hallan su labor más significativa, otorgándoles la satisfacción de apreciar de modo más intenso su labor de servidores públicos. En primer lugar, porque son más reconocidos por los ciudadanos, y en segundo lugar porque su mayor participación en la solución de los conflictos les permite ser algo más que 'apagafuegos', para verse como agentes implicados en el bienestar de los demás (...) Es obvio que el sistema de justicia es siempre una opción, y los policías siempre pueden decir que los participantes en un conflicto pueden recurrir a él, pero que quizás antes podrían intentar otras cosas. Por otra parte, es claro que determinados hechos exigen la intervención necesaria de la justicia. Sin embargo, en aquellos casos como riñas, perturbación de la paz, agresiones controladas, o hechos para los que hay dudas de que habrá suficientes evidencias como para que prosperen los asuntos en los juzgados, la labor de la Mediación puede realmente marcar la diferencia", en GARRIDO GENOVÉS, V.: "Prólogo", cit., pp. 21-22.

73 GARRIDO GENOVÉS, V.: "Prólogo", cit., pp. 21-23.

En otras palabras, "¿por qué utilizar la Mediación en el ámbito de la seguridad? Pues porque estamos en una sociedad, cambiante, cada vez más plural y multiétnica, y en el marco social donde nos movemos la Policía predominan la diversidad de ideas, de lenguas y de culturas, donde se generan conflictos que afectan directamente a la seguridad y a la convivencia denominados conflictos sociales, problemas de convivencia, y la Policía como garante del orden, debe adaptarse a ese cambio, ha de hallar nuevas maneras de gestionar estos conflictos; está obligada a innovar y a innovarse. Ya se ha comprobado que con el uso de la fuerza no se consigue el resultado deseado la mayoría de las veces, por tanto, estamos ante un cambio de paradigma, se trata de introducir una nueva herramienta para poder dar respuesta y ofrecer a la ciudadanía un servicio de calidad", en GALLARDO, R. y COBLER, E.: *Mediación*, cit., p. 31.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO SALGADO, C.: "Dos 'círculos' ás 'conferencias': aproximación ás posibilidades da Xustiza restaurativa no sistema de Xustiza penal", *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*, 2014, núm. 2.

BARONA VILAR, S.: "La incorporación de la mediación en el nuevo modelo de Justicia", *Tiran Online*, 2011, núm. TOL2.313.226.

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

BARONA VILAR, S.: *Solución extrajudicial de conflicto: "alternative dispute resolution" (ADR) y derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

BERISTAIN IPIÑA, A.: "Código deontológico policial según las Naciones Unidas", *Estudios Penales y Criminológicos*, 1984, vol. VII.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, N.: "El último (y controvertible) credo en materia de política criminal, justicia restaurativa y mediación penal", *La Ley Penal*, 2011, núm. 86.

CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.): *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos: análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2013.

CASTILLEJO MANZANARES, R.: *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010.

CHOZAS ALONSO, J.M.: "La conformidad penal española y el 'patteggiamento' italiano. Breve estudio de Derecho comparado", *La Ley Penal*, 2013, núm. 104.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2012.

COUNCIL OF EUROPE, "The european code of police ethics. Recommendation REC. 10 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 19 September 2001 and explanatory memorandum", *Council of Europe publishing*, 2002.

CRUZ PARRA, J.A.: *La mediación penal. Problemas que presenta su implantación en el proceso español y sus posibles soluciones*, Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, Granada, 2013.

DEYRA, M. y GARCÍA ZEBALLOS, J. H.: "Los 7 'valores clave' de la ética policial en los países de la Unión Europea", *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP*, 2011, núm. 41.

ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.: *Estudios sobre el significado e impacto de la mediación: ¿una respuesta innovadora en los diferentes ámbitos jurídicos?*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012.

GALLARDO, R. y COBLER, E.: *Mediación policial. El manual para el cambio en la gestión de conflictos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

GALLARDO, R.: "Mediación policial: otra forma de 'hacerpolicía'", *Vila-real.es*, 2014.

GARRIDO GENOVÉS, V.: "Prólogo", en AA.VV.: *Mediación policial. El manual para el cambio en la gestión de conflictos*, (aut. R. GALLARDO y E. COBLER), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (Dir): *Mediación: un método de? conflictos: estudio interdisciplinar*, Colex, Madrid, 2010.

GORDILLO SANTANA, L.F.: *LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y LA MEDIACIÓN PENAL*, Iustel, Madrid, 2007.

GUARDIOLA, M.J., ALBERTÍ, M., CASADO, C. y SUSANNE, G.: "Conferencing: origen, transferencia y adaptación", en AA.VV.: *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones* (coord. por J. TAMARIT SUMALLA), Comares, Granada, 2012.

HERRERA VERDUGO, A.: "Deontología policial: Reflexiones y retos para las policías de la región americana", *policia.cl*, 2006.

JANSON, B.: "El Código Europeo de Ética de la Policía. Razones y directrices para el cambio", *RCSP*, 2003, núm. 12.

MARTÍN DIZ, F.: *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010.

REDORTA LORENTE, J.: "Aspectos críticos para implantar la mediación en contextos de policía", *RCSP*, 2004, núm. 15.

SOLETO MUÑOZ, H.: *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2013.

TAMARIT SUMALLA, J.: "La justicia reparadora: ¿una justicia para la víctima?", en AA.VV. *Manual de victimología* (coord. por E. BACA BALDOMERO, E. ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, y J. TAMARIT SUMALLA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

TOLEDO FERNÁNDEZ, M.T.: "La mediación en la policía", *Policía Canaria*, 2013.

TORRENS IBARGUREN, J.G., GUILLEN GESTOSO, C.L. y JUNCO CACHERO, M.S.: "Medipol: plan de gestión integral de resolución de conflictos, para fuerzas y cuerpos de seguridad", *Revista de Mediación*, 2013, núm. 12.





# ALGUNOS DESAFÍOS PROCESALES DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL DE PAZ

## *CHALLENGES OF THE ESPECIAL PEACE JURISDICTION*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 474-501*

Este artículo se realizó bajo la dirección de la Doctora Marcela Rodríguez Mejía, en el marco de las actividades desarrolladas por el grupo de investigación Teoría general del derecho y del derecho procesal civil, del cual el autor es miembro.



Carlos Felipe  
BALLÉN JAIME

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 17 de marzo de 2017

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de junio de 2017

**RESUMEN:** En la presente investigación se analizan los aspectos más importantes del procedimiento que se surte ante los Jueces de Paz; se identifican algunos de los problemas más importantes que se han evidenciado en la práctica; y, teniendo en cuenta los objetivos, las características y la naturaleza jurídica de la Jurisdicción de Paz, se proponen algunas soluciones a estos problemas.

**PALABRAS CLAVE:** Jurisdicción de paz, objetivos, naturaleza, características, procedimiento, pruebas; sentencia; juez de paz.

**ABSTRACT:** This investigation analyzes the most important aspects about the procedure of the especial Peace Jurisdiction; it identifies some of the most important problems that have been evidenced in the practice and their solutions, taking in to account the objectives, characteristics and legal nature of the Peace Jurisdiction.

**KEY WORDS:** Peace jurisdiction; objectives; nature; characteristics; procedure; proof; judgment; peace's judge.

**SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL PROCEDIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN DE PAZ: CARACTERÍSTICAS Y DIFICULTADES.- I. Competencia y facultades de los Jueces de Paz.- 2. Procedimiento que se surte ante la Jurisdicción de Paz: A) Etapa auto-compositiva.- B) Etapa hetero-compositiva.- III. LA ETAPA PROBATORIA EN LA JURISDICCIÓN DE PAZ.- 1. La oficiosidad probatoria en la Jurisdicción de Paz.- 2. Pruebas que puede decretar el Juez de Paz.- 3. Práctica de las pruebas decretadas por el Juez de Paz.- 4. Valoración de las pruebas por parte del Juez de Paz.- IV. CONCLUSIONES.- V. BIBLIOGRAFÍA.- VI. OTROS RECURSOS.**

---

## I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Colombiana de 1991 significó un profundo cambio en la estructura y concepción del Estado, al trasegar de un Estado de Derecho a un Estado Social y Democrático de Derecho. Ese cambio de perspectiva tuvo repercusiones importantes en materia de administración de justicia, siendo una de ellas la posibilidad de que los particulares participen en la función judicial.

En efecto, la Carta Magna prevé en su artículo 116 que “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia (...), en los términos que determine la ley”.

El artículo 116 precitado se desarrolla, parcialmente, en el Capítulo Quinto del Título VIII de la Constitución, que regula lo concerniente a la Rama Judicial, en donde se consagran las Jurisdicciones Especiales<sup>1</sup>. Dicho capítulo consta de 3 artículos<sup>2</sup> en los cuales se establecen la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción de Paz<sup>3</sup>, y se precisa que solamente las condenas que constan en sentencias judiciales generan antecedentes penales y contravencionales.

---

1 Es necesario hacer una precisión: cuando en el presente trabajo aludo al término jurisdicción, lo hago como sinónimo de competencia para referirme a una especialidad concreta, pero reconociendo que la jurisdicción como tal es una sola. En efecto, el doctrinante Luis Guillermo Acero sostiene que: “Desde un punto de vista eminentemente teórico, la jurisdicción estatal no puede ser más que una, si se tiene en cuenta la unicidad de la que está arropado el concepto de Estado y sus manifestaciones de soberanía. (...), no puede concebirse la existencia de varias jurisdicciones estatales, pues ello implicaría que dentro del Estado hubiera varias soberanías. Sin embargo, en la práctica sí se habla de varias jurisdicciones (...)”. ACERO GALLEGGO, L. G.: *Teoría aplicada de la jurisdicción: estudio sobre la renovación del trinomio jurisdicción, acción y proceso*, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2004, p. 172.

2 Artículos 246, 247 y 248 de la Constitución.

3 Sin embargo, es necesario aclarar que la figura de los Jueces de Paz no fue en modo alguno una invención propia; esta institución se introdujo desde la colonización española en América, y posteriormente cayó en desuso a tal

### • Carlos Felipe Ballén Jaime

Abogado de la Universidad Externado de Colombia, candidato a magíster en Justicia y Tutela de los Derechos con énfasis en Derecho Procesal por la misma casa de estudios. Asistente de investigación del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: carlos.ballen@uexternado.edu.co.

Tal y como se precisó anteriormente, en el artículo 247 de la Constitución se consagran las Jurisdicciones Especiales, dentro de las que se encuentra la Jurisdicción de Paz, pero esa disposición constitucional no fue desarrollada por el legislador sino hasta 1999 con la expedición de la Ley 497 mediante la cual se crearon los Jueces de Paz y se reglamentó su organización y funcionamiento<sup>4</sup>. En esta ley se establecieron los principios de la Jurisdicción de Paz; la competencia de los Jueces de Paz; todo lo referente a su elección<sup>5</sup>; las inhabilidades, impedimentos e incompatibilidades de los Jueces de Paz; su (no) remuneración<sup>6</sup>, financiación y capacitación; el procedimiento que se surte en esta jurisdicción; el recurso de reconsideración de la decisión; el control disciplinario; y las faltas absolutas y temporales en que pueden estar incurso los Jueces de Paz.

Sin embargo y como era de esperarse, hubo temas en los cuales la ley guardó silencio<sup>7</sup> y otros en los que las disposiciones legales no se compadecen con la realidad, y por ello resulta necesario analizar algunas de las situaciones que pueden ocurrir en el trascurso del proceso que se surte ante el Juez de Paz, para ofrecer respuestas conformes a la naturaleza de esta jurisdicción.

En el marco de la presente investigación se hicieron entrevistas a trece (13) Jueces de Paz, de localidades de diversos estratos sociales<sup>8</sup>, con el fin de identificar aquellos problemas que tiene la puesta en práctica de la Ley 497 de 1999, y ofrecer respuestas que sean acordes con la naturaleza de la figura.

---

punto que para la década de los ochenta solamente funcionaba en Perú. REVILLA, M.T.: "La justicia de paz y las organizaciones sociales en el Perú", en BARRIOS GIRALDO, A. E. (ed.): *Conflicto y Contexto – Resolución Alternativa de Conflictos y Contexto Social*, Instituto Ser de Investigaciones – Tercer Mundo Editores – Colciencias – Programa de Reinserción, Bogotá D.C., 1997.

- 4 Sin embargo, vale la pena aclarar que entre 1993 y 1996 se tramitaron en el Congreso de la República seis (6) Proyectos de Ley sobre la Jurisdicción de Paz: 147 y 314 de 1993, 40 y 123 de 1994, 127 de 1995 y 108 de 1996. Esos Proyectos de Ley, conforme al informe de ponencia al proyecto de Ley número 223 de 1998 Cámara, 57 de 1997 Senado, sentaron las bases para la expedición de la Ley 497 de 1999.
- 5 Que posteriormente fue desarrollado en la Resolución 029 de 2000 del Consejo Nacional Electoral.
- 6 En este sentido es curiosa la similitud con los conciliadores en equidad en cuanto a que el nombramiento tanto del juez de paz como del conciliador en equidad es, de por sí, una distinción honorífica y a su turno suficiente retribución. Similares consideraciones realizó la Corte Constitucional en la sentencia C-103 de 2004 cuando decidió una demanda de inconstitucionalidad dirigida contra del artículo 19 de la Ley 497 de 1999 que prohíbe la remuneración de los jueces de paz, cuando esgrimió que: "(i) (...) el ejercicio de este cargo es netamente voluntario –es decir, quien resulta elegido para ser juez de paz lo hace en virtud de una decisión suya libre y voluntaria en el sentido de asumir una carga pública adicional, no de una imposición ni un deber -, y (ii) que los jueces de paz son elegidos como tales por la comunidad en virtud del alto reconocimiento que ésta otorga a sus calidades personales –lo cual reviste de un carácter honorífico al cargo de juez de paz, que debe considerarse en sí mismo como retribución suficiente por el cumplimiento de las funciones que le son propias".
- 7 Así también lo sostiene RODRIGO UPRIMNY en su ponencia realizada en el marco del Seminario Internacional sobre Jueces de Paz y Justicia Comunitaria, realizado en la Universidad Nacional en agosto de 1999, p. 1: "¿Son posibles los jueces de paz y la justicia comunitaria en contextos violentos y antidemocráticos?", cuando afirma que: "[p]or ello también me parece que la aprobación de la nueva ley de los jueces de paz (Ley 497 de 1999), a pesar de sus evidentes defectos de técnica jurídica y algunos vacíos y contradicciones, constituye un avance importante (...)".
- 8 De las localidades de Usaqué, San Cristóbal, Usme, Bosa, Ciudad Kennedy, Fontibón, Engativá, Barrios Unidos, Antonio Nariño, Puente Aranda, Rafael Uribe Uribe y Ciudad Bolívar.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, en el presente artículo precisaré en primer lugar el procedimiento que se surte ante los Jueces de Paz, para luego analizar los problemas concretos que se presentan con la aplicación de la Ley 197 de 1999, y finalmente, ofreceré las soluciones a dichos problemas.

## II. EL PROCEDIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN DE PAZ: CARACTERÍSTICAS Y DIFICULTADES

En la presente sección explicaré las características primordiales del procedimiento consagrado en la Ley 497 de 1999 e identificaré las principales dificultades prácticas de la aplicación de dicho precepto legal conforme a los resultados del trabajo de campo realizado, partiendo de la competencia y las facultades de los Jueces de Paz, para culminar con el análisis del procedimiento que se surte en esta jurisdicción especial.

### I. Competencia y facultades de los Jueces de Paz

Los Jueces de Paz conocen de las controversias que las partes someten voluntariamente y de común acuerdo a su conocimiento, siempre que versen sobre asuntos transables, conciliables, o susceptibles de desistimiento; que no estén sujetos a solemnidades según la ley; y cuya cuantía no supere los cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes<sup>9</sup>.

En todo caso tienen vedado conocer de las acciones constitucionales y contencioso-administrativas, así como también carecen de competencia para fallar las acciones civiles referidas a la capacidad y al estado civil de las personas, salvo el reconocimiento voluntario de hijos extramatrimoniales.

Para precisar lo atinente a los poderes o facultades de los Jueces de Paz, es necesario estructurar el proceso que se surte en la Jurisdicción de Paz, por cuanto, dependiendo de la etapa en la que se halle el proceso, las facultades del Juez de Paz serán diferentes.

### 2. Procedimiento que se surte ante la Jurisdicción de Paz

El procedimiento es muy sencillo y consta de dos etapas que no revisten mayores formalidades<sup>10</sup>. Todo comienza con la solicitud que de común acuerdo formulan las partes ante el Juez de Paz, oralmente o por escrito: si la solicitud se hace oralmente el Juez de Paz tiene que elaborar un acta que deben firmar las partes para que quede constancia de la actuación. Esa acta debe contener

<sup>9</sup> En un principio se pensó que su competencia por razón de la cuantía se limitara a los conflictos cuyo monto no excediera los 15 salarios mínimos legales mensuales vigentes, tal y como queda denotado en el Proyecto de Ley 057 de 1997.

<sup>10</sup> Artículo 22 de la Ley 497 de 1999.

la identificación de las partes, su domicilio, una descripción de los hechos y de la controversia, y el lugar, fecha y hora de la audiencia de conciliación que se celebrará dentro del término que señale el Juez de Paz.

Según el artículo 23 de la Ley 497 de 1999, tan pronto el Juez de Paz recibe la solicitud o elabora el acta mediante la cual las partes le solicitan de común acuerdo la resolución de la controversia, debe comunicar por una sola vez y por el medio más idóneo a todas las personas interesadas y a quienes el acuerdo o la decisión que se adopte pueda afectar directa o indirectamente para que, en caso de considerarlo necesario, se hagan presentes en la audiencia de conciliación.

Aquí se encuentra el primer problema del que padece la Jurisdicción de Paz. En el trabajo de campo realizado para la elaboración de la presente investigación, fue recurrente la observación de los Jueces de Paz en el sentido de que rara vez han recibido una solicitud formulada conjuntamente por las partes involucradas en el conflicto; lo usual es que sólo una de ellas, generalmente la más afectada, acuda ante el Juez de Paz para que, por intermedio de éste, se invite a la otra parte a la audiencia de conciliación, porque es muy difícil, cuando no imposible, que dos personas entre quienes existe un conflicto soliciten de común acuerdo que su problema sea resuelto por un Juez de Paz.

De conformidad con las entrevistas practicadas, esta invitación, que ha sido la forma en la cual se ha solucionado la escasa utilidad práctica que consagra el artículo 9 de la Ley 497 de 1999, no ha sido vista con buenos ojos por el Consejo Superior de la Judicatura, a cuya competencia se adscribe el control disciplinario de los jueces de la República, inclusive de los jueces de paz, por cuanto para éste organismo es claro que ambas partes deben acudir ante el Juez de Paz a solicitar de consuno la resolución de su controversia, de acuerdo con una interpretación exegética del artículo 9 de la Ley 497 de 1999.

De acuerdo con los entrevistados, en la práctica lo que ocurre es que una de las partes acude ante el Juez de Paz para que éste envíe la invitación a la otra parte, y el día en el que se celebra la audiencia de conciliación, antes de su inicio, ambas partes firman el consentimiento por medio del cual le defieren competencia al Juez de Paz para que resuelva el conflicto; en caso de que una de las partes no concurra a la audiencia, o bien se envía otra invitación, o culmina el trámite.

En mi opinión no es posible que el Juez de Paz expida una constancia de imposibilidad de conciliación ante la inasistencia de la parte invitada, pues en esta hipótesis las partes aún no lo han habilitado como juez para conocer de la controversia, y aún no existe un proceso como tal.

## A) Etapa auto-compositiva

Una vez las partes dan su consentimiento para acudir a la Jurisdicción de Paz, el Juez de Paz debe citarlas por el medio más idóneo, que en la práctica generalmente es escrito, para que acudan a la audiencia de conciliación, y debe dejar constancia escrita de la citación. Ante la inasistencia de una o de ambas partes, el juez puede citar a una nueva audiencia fijando su fecha y hora, u ordenar la continuación del trámite dejando la constancia correspondiente de la inasistencia de la parte o de las partes<sup>11</sup>. Pero generalmente, de conformidad con las entrevistas hechas, cuando las partes no asisten el Juez de Paz no ordena la continuación del trámite, sino que archiva las diligencias, lo cual se debe al hecho de que en la práctica usualmente es en dicha audiencia en la que las partes firman el consentimiento por medio del cual otorgan competencia al Juez de Paz.

Si el juez decide ordenar la continuación del trámite ante la inasistencia de una de las partes a la audiencia de conciliación, pero luego la parte que no asistió presenta una excusa válida de su inasistencia, pese a que la ley guarde silencio sobre el tema, considero que debe citar a una nueva audiencia atendiendo a que el fin primordial de la Jurisdicción de Paz es la solución pacífica de los conflictos en procura de la regeneración del tejido social.

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 24 de la Ley 497 de 1999, la audiencia de conciliación puede ser privada o pública y se celebra en el sitio que señale el Juez de Paz. Debe tenerse en cuenta que si el asunto controvertido se refiere a un conflicto comunitario que amenaza la alteración o altera la convivencia armónica de la comunidad, tal y como mencioné anteriormente, el juez debe permitir el ingreso y el uso de la palabra de las personas pertenecientes a la comunidad interesadas en la solución<sup>12</sup>.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 27 de la Ley 497 de 1999, en esta etapa el juez debe facilitar y promover el acuerdo sobre las fórmulas de solución del conflicto propuestas directamente por las partes sin proponer fórmulas de solución, asemejándose de esta manera a la mediación, entendida como el “proceso en el cual dos o más partes resuelven sus diferencias por sí mismas, de manera autónoma y amigable, con la ayuda de un tercero imparcial no involucrado en el conflicto, que ha sido aceptado por las partes para cooperar con ellas en la búsqueda de un acuerdo que satisfaga sus necesidades, intereses y sentimientos de manera equitativa”<sup>13</sup>.

---

11 Artículo 26 de la Ley 497 de 1999.

12 Artículo 24 de la Ley 497 de 1999.

13 Proceso de Mediación y Habilidades del Mediador; Capacitación a funcionarios y formación de ciudadanos de Bogotá como mediadores comunitarios para el Distrito Capital. Universidad Externado de Colombia, Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia de la Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C., p. 5



De esta manera queda claro que, en la medida en que el Juez de Paz no puede proponer fórmulas de arreglo, sino que debe promoverlo y facilitararlo, su rol fundamental en la primera etapa del proceso que se surte ante la Jurisdicción de Paz se limita a fungir de mediador.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 28 de la Ley 497 de 1999, el juez debe dejar constancia de la audiencia y del eventual acuerdo, elaborando para tal efecto un acta que debe ser firmada por las partes, y de la cual se entregará copia a cada una de ellas<sup>14</sup>, y tanto el acta de conciliación en la que conste un eventual acuerdo, como la sentencia que profiere el juez en caso de que fracase la conciliación, tienen los mismos efectos que las sentencias que profieren los jueces de la Jurisdicción Ordinaria<sup>15</sup>, es decir, hacen tránsito a cosa juzgada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 303 del Código General del Proceso<sup>16</sup>, son ejecutables, y en consecuencia las partes no podrán volver a promover un proceso por los mismos hechos que fueron objeto del acuerdo de conciliación o de la providencia proferida.

Finalmente debo precisar que, de acuerdo con los resultados del trabajo de campo llevado a cabo, en la práctica es usual que los Jueces de Paz celebren tantas audiencias de conciliación como sean necesarias, con el objetivo primordial de que las partes logren conciliar. Sin embargo, en mi criterio, en caso de que no sea posible que las partes concilien sus diferencias durante el trámite de máximo dos audiencias de conciliación, los Jueces de Paz deben informar a las partes que procederán a fallar en equidad, advirtiéndoles que en caso de que lleguen a un arreglo directo antes de que profiera el fallo, dicho arreglo puede ser consignado en un acta de conciliación.

## B) Etapa hetero-compositiva

En caso de que fracase la etapa conciliatoria el Juez de Paz así debe declararlo, y dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que culmine la audiencia tiene que proferir sentencia en equidad, de acuerdo con la valoración de las pruebas que hayan sido allegadas al proceso<sup>17</sup>.

---

14 Artículo 28 de la ley 497 de 1999.

15 Parágrafo del artículo 29 de la Ley 497 de 1999.

16 "Artículo 303. "Cosa juzgada". "La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.

En los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.

La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión".

17 Artículo 29 de la Ley 497 de 1999.

Dicha sentencia debe constar por escrito, el juez la comunicará a las partes por el medio que considere más adecuado, y les entregará una copia del fallo<sup>18</sup>; es decir, es perfectamente posible que el juez, en atención a las circunstancias de cada caso, comunique el contenido de la sentencia de manera verbal a través de una llamada telefónica y envíe por e-mail una copia de la providencia. Sin embargo, en todo caso el término para interponer el recurso de reconsideración contra la sentencia comenzará a computarse a partir del día en que las partes reciben la copia del fallo<sup>19</sup>.

En esta etapa la figura del Juez de Paz adquiere vital importancia por cuanto debe adoptar una decisión en equidad con fundamento en las pruebas que las partes hayan allegado al proceso<sup>20</sup>, y debe solucionar el conflicto de acuerdo con el criterio de justicia imperante en la comunidad que lo eligió. En esta fase, el rol de las partes prácticamente se reduce a conocer el sentido de la decisión e interponer el recurso de reconsideración contra el fallo si lo estiman pertinente<sup>21</sup>, sin perjuicio de que, como se señaló con anterioridad, eventualmente arreglen directamente las diferencias, caso en el cual, si el Juez de Paz aún no ha proferido sentencia, podrá verter ese arreglo directo en un Acta de Conciliación.

Sin embargo, de conformidad con los resultados obtenidos en el trabajo de campo, los Jueces de Paz no suelen proferir sentencias. En efecto, pese a que el artículo 29 de la Ley 497 de 1999 los faculta para fallar en caso de que las partes no concilien sus diferencias, lo usual es que los jueces prolonguen la etapa auto-compositiva por el tiempo que sea necesario hasta que las partes alcancen la conciliación.

---

18 *Ibíd.*

19 Sobre este tema, la Corte Constitucional en la sentencia de tutela T-809 de 2008 determinó que: “debe destacarse (...) que la comunicación sólo puede entenderse surtida, una vez se entregue copia de la sentencia a la parte. El propósito de esa exigencia legal es garantizar que los días señalados por la Ley para interponer el recurso, puedan emplearse efectiva y principalmente en el diseño de un recurso de reconsideración. Lo que no podría alcanzarse si los cinco (5) días legales, se dispusieran para primero exigir copia de la sentencia, y segundo para defenderse de ella mediante el recurso”.

20 Desde que fracasa la audiencia de conciliación y hasta antes de que el juez profiera el fallo. Este tema se profundizará en el siguiente acápite.

21 Es necesario precisar que el recurso de reconsideración es la segunda instancia que la ley prevé para las sentencias que se profieren en la Jurisdicción de Paz. En efecto, consagra el artículo 32 de la Ley 497 de 1999: “Todas las controversias que finalicen mediante fallo en equidad proferido por el juez de paz, serán susceptibles de reconsideración, siempre y cuando la parte interesada así lo manifieste en forma oral o escrita al juez, dentro de los cinco (5) días siguientes a la comunicación del fallo.

La decisión del juez de paz será estudiada y se resolverá en un término de diez (10) días por un cuerpo colegiado integrado por el juez de paz de conocimiento y por los jueces de paz de reconsideración de que tratan los incisos 4 y 5 del artículo 11 de la presente ley.

Si no hubiere jueces de paz de reconsideración, ya sea por no haber cumplido con los requisitos previstos en la presente ley o por falta absoluta o temporal, el cuerpo colegiado estará conformado por el juez de paz de conocimiento y dos jueces de paz que de común acuerdo señalen las partes o en su defecto que pertenezcan a municipios o distritos circunvecinos o de la zona o sector más cercano que señale el juez de paz, quienes decidirán, motivando su decisión, con fundamento en la equidad, si confirman o revocan la decisión reconsiderada.

Si de conformidad con lo dispuesto en la presente ley, faltare alguno de aquéllos, la decisión será adoptada por los dos jueces restantes”.

Este proceder, a mi juicio y a la luz de la ley, es incorrecto, porque las partes acuden a la Jurisdicción de Paz buscando una resolución pronta y ágil del conflicto, bien sea mediante la conciliación, o mediante la sentencia, y el hecho de que los Jueces de Paz alarguen el trámite de la etapa auto-compositiva hasta que las partes concilien, desconoce los objetivos perseguidos por la Jurisdicción de Paz en tanto prolonga en el tiempo la vulneración de los derechos de la parte más afectada con el conflicto, y desdibuja por completo la diferencia que existe entre ésta figura y la conciliación en equidad, reglada entre los artículos 82 y 89 de la Ley 23 de 1991<sup>22</sup>, modificada por la Ley 446 de 1998. Ciertamente, el principal rasgo distintivo entre la Jurisdicción de Paz y la conciliación en equidad es la posibilidad de que, en la Jurisdicción de Paz ante la imposibilidad de conciliar las diferencias, el Juez de Paz profiera fallo en equidad y resuelva la controversia, cosa que no ocurre en la conciliación en equidad<sup>23</sup>.

Ese temor a fallar tiene dos razones principales: de un lado, el control disciplinario que ejerce el Consejo Superior de la Judicatura sobre los Jueces de Paz<sup>24</sup> pese a que para ejercer tal dignidad no es necesario tener la condición de abogado; y de otro lado, la gran responsabilidad que implica proferir un fallo en equidad que hará tránsito a cosa juzgada, prestará mérito ejecutivo, y que deberá sustentarse en pruebas, a pesar de que la Ley 497 de 1999 no establece nada en relación con la etapa probatoria. En efecto, la posición en la que se encuentran los Jueces de Paz es complicada, porque son personas que no necesariamente tienen conocimientos jurídicos, juzgadas por abogados, por ejercer una función relacionada con la materialización de justicia que puede llegar a comprometer derechos fundamentales.

Teniendo en cuenta ese temor a fallar, en el siguiente acápite de este trabajo de investigación se establecerán unas pautas mínimas que debe seguir toda sentencia, proferida en derecho o en equidad, y con las cuales los Jueces de Paz podrán proferir fallos respetando los derechos de las partes que comparecen a su jurisdicción, especialmente el derecho al debido proceso que se erige como límite infranqueable toda actuación, y materializando el mandato contenido en el artículo séptimo de la Ley 497 de 1999 según el cual "es obligación de los jueces de paz respetar y garantizar los derechos, no sólo de quienes intervienen en el proceso directamente, sino de todos aquellos que se afecten con él".

22 Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones.

23 De hecho, de conformidad con el parágrafo del artículo 88 del Decreto 1818 de 1998 "por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos", una de las causales para suspender a los conciliadores en equidad se configura cuando el conciliador decide sobre la solución del conflicto.

24 En efecto, de conformidad con lo establecido en el artículo 34 de la Ley 497 de 1999 "En todo momento el juez de paz y los jueces de paz de reconsideración podrán ser removidos de su cargo por la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura, cuando se compruebe que en el ejercicio de sus funciones ha atentado contra las garantías y derechos fundamentales u observado una conducta censurable que afecte la dignidad del cargo".

### III. LA ETAPA PROBATORIA EN LA JURISDICCIÓN DE PAZ

Como ya se precisó en el apartado anterior, en la práctica raras veces los Jueces de Paz profieren sentencia luego de fracasada la audiencia de conciliación. Las razones por las cuales esto ocurre son, fundamentalmente, el temor que les genera el hecho de ser vigilados por el Consejo Superior de la Judicatura a pesar de que la ley no exige que sean abogados, y la responsabilidad que implica adoptar una decisión con efectos de cosa juzgada mediante providencia motivada en pruebas, pese a que la Ley 497 de 1999 no tiene ninguna disposición relativa a la etapa probatoria.

Teniendo en cuenta esa situación tan compleja en la que se encuentran los Jueces de Paz, en el presente acápite identificaré el contenido mínimo que debe contener toda sentencia, proferida ya sea en derecho o en equidad, con el cual se garantiza el respeto del derecho al debido proceso de las partes y, en consecuencia, se salvaguardará la responsabilidad disciplinaria de los Jueces de Paz. Para ello, a continuación, analizaré el artículo 29 de la Ley 497 de 1999, y posteriormente haré un símil con lo que sucede con los laudos que se profieren en equidad resaltando la importancia de que estos se sustenten en pruebas.

Tal y como lo establece el artículo 29 de la Ley 497 de 1999, “(e)n caso de fracasar la etapa conciliatoria, el juez de paz así lo declarará. Dentro del término de cinco (5) días proferirá sentencia en equidad, de acuerdo con la evaluación de las pruebas allegadas, (...)”, de tal manera que es claro que la sentencia debe motivarse y estructurarse de acuerdo con el análisis de los medios probatorios que obren en el proceso; en otras palabras, el fallo en equidad debe cimentarse necesariamente en pruebas, porque de lo contrario configura una providencia proferida en conciencia que, como se verá, está proscrita del ordenamiento jurídico colombiano.

En materia arbitral, según los artículos 1 y 41 de la Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones, el laudo que profieren los tribunales de arbitraje puede ser en derecho, en equidad o técnico<sup>25</sup>, pero jamás en conciencia, ya que esto configuraría la causal de anulación prevista en el numeral séptimo del artículo 41 que preceptúa: “(h)aberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”<sup>26</sup>.

---

25 Artículo 1 de la Ley 1563 de 2012.

26 Sobre ésta causal de anulación, recomiendo la consulta de MORENO CRUZ, P. y NAIZIR SISTAC, J.C.: “La propiedad conciencia o equidad: cuatro usos jurisprudenciales”, en *Idem: Recurso de anulación de laudos arbitrales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2016, pp. 260 a 290.

Pero esa causal no siempre estuvo redactada de esa manera. En efecto, el antiguo estatuto arbitral (Decreto 1818 de 1998) consagraba en su artículo 163 como causal de anulación “(h)aberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”. Esta causal era ambigua, pues al no incluirse expresamente la equidad, tal y como lo sostiene el jurista Juan Pablo Cárdenas Mejía<sup>27</sup>, podía referirse al hecho de fallar según las convicciones de la propia conciencia o al hecho de fallar sin motivación. Ello conllevó a que en un principio el Consejo de Estado no diferenciara entre los laudos proferidos en equidad y los laudos proferidos en conciencia; sino que los equiparaba y concluía que ambos daban lugar a la configuración de la causal de anulación prevista en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998<sup>28</sup>.

Sin embargo, en la sentencia del 21 de febrero de 2011, con ponencia del consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa, el Consejo de Estado diferenció los laudos proferidos en equidad de los proferidos en conciencia, precisando que:

a) la garantía del debido proceso implica que el juez tiene la obligación de motivar sus decisiones, y que las personas tienen derecho a que sus controversias sean resueltas conforme a la ley y a las pruebas oportunamente allegadas al proceso;

b) el debido proceso cubija todas las actuaciones jurisdiccionales incluyendo las de los particulares;

c) las partes pueden pactar que los árbitros fallen en equidad;

d) el laudo es una decisión judicial y por ello debe motivarse y fundarse en las pruebas allegadas oportunamente al proceso;

e) los laudos que se profieren en equidad están sometidos al imperio de la ley y por ello deben sustentarse y motivarse en las pruebas allegadas oportunamente; y

27 CÁRDENAS MEJÍA, J. P.: “El laudo arbitral y los recursos de revisión y anulación en el arbitraje nacional”, en *Estatuto Arbitral Colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*, 1ª ed., Legis Editores, Bogotá D.C., 2013, p. 289.

28 En efecto, en la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 21 de febrero de 2011 bajo el radicado número 38621, la Corporación adujo que en sentencias de abril 3 de 1992 (expediente 6695), mayo 4 de 2000 (expediente 16766) y octubre 3 de 2003 (expediente 24320) había sostenido que: “el fallo en conciencia se configura cuando el juzgador se aparta del marco jurídico y decide con fundamento en la mera equidad, razón por la que la motivación no es esencial para la validez de su decisión.” Así mismo, sostuvo que en sentencias de septiembre 14 de 1995 (expediente 10468), junio 18 de 2008 (expediente 34543), agosto 9 de 2001 (expediente 19273), agosto 23 de 2001 (expediente 19090), febrero 13 de 2006 (expediente 29704), junio 18 de 2008 (expediente 34543), abril 27 de 1999 (expediente 15623) y abril 16 de 2000 (expediente 18411), había determinado que “esa estirpe de decisiones se caracterizan por prescindir totalmente del acervo probatorio o de las normas jurídicas, por la ausencia de razonamientos jurídicos o por basarse en el concepto de verdad sabia y buena fe guardada.”

f) si un fallo se aparta del acervo probatorio se considerará dictado en conciencia, y los fallos en conciencia están proscritos de nuestro ordenamiento jurídico<sup>29</sup>.

En la sentencia referida anteriormente, el Consejo de Estado consideró que un fallo en equidad se caracteriza porque el operador judicial no aplica la ley en un caso concreto al considerar que conduce a una iniquidad y busca por fuera de la ley la solución a la controversia, pero sin prescindir de la motivación ni de las pruebas<sup>30</sup>. Inclusive la Corte Constitucional desde 1998 cuando profirió la sentencia de constitucionalidad C-145, determinó que la motivación del fallo judicial es un elemento esencial del derecho fundamental al acceso a la justicia<sup>31</sup>.

Pues bien, la argumentación esgrimida por el Consejo de Estado fue acogida en la Ley 1563 de 2012 que en el séptimo numeral del artículo 41 consagra como causal de anulación del laudo arbitral el hecho de haberse fallado en conciencia o en equidad debiendo ser en derecho, dejando claro que el fallo proferido en conciencia y aquél proferido en equidad, no son lo mismo.

29 Esgrimió el Consejo de Estado en la referida sentencia que:

“En conclusión, podríamos decir que el fallo en conciencia es aquel en el que el juzgador se apoya en su íntima convicción, no da razones de su decisión o prescinde de toda consideración jurídica o probatoria.

El cambio de la expresión legal “en conciencia” por la de “en equidad” no implica una simple modificación de denominación pues en esa variación va envuelta la defensa de la garantía fundamental al debido proceso.

La garantía del debido proceso está compuesta por múltiples elementos entre los cuales nos interesa destacar para lo que aquí se discurre el deber que tiene el juez de motivar sus decisiones y el derecho de los asociados a que la solución de sus conflictos se fundamente en la ley y en las pruebas oportunamente y regularmente allegadas al proceso.

Esta garantía cobija cualquier actuación jurisdiccional, sin que constituya una excepción la de los particulares que en determinados casos administran justicia como ocurre con los árbitros, pues estos pueden, si las partes los habilitan, proferir fallos en derecho o en equidad aunque “en los términos que determine la ley.”

Por consiguiente, los fallos de los árbitros, por ser decisiones judiciales, deben ser motivadas y fundarse en las pruebas oportuna y regularmente allegadas al proceso, tal como lo preceptúan los artículos 170 del C. C.A., 303 y 174 del C. P.C.

Ahora, los jueces, y entre ellos los árbitros, están sometidos al imperio de la ley pero podrán recurrir a la equidad como criterio auxiliar de su actividad, o como criterio único, si en éste último caso, en tratándose de los árbitros, las partes los habilitan para ello, o si, en los demás casos, el proceso versa sobre derechos disponibles y las partes, siendo plenamente capaces, lo solicitan.

(...)

Así que en conclusión, los fallos en equidad, sea que los profieran los jueces o sea que los emitan los árbitros en los casos que proceden, no quedan exentos de estar motivados ni de fundamentarse en las pruebas oportuna y legalmente allegadas al proceso.

Luego, la gran conclusión es que los fallos en conciencia están proscritos en nuestro sistema jurídico y que se podrá acudir a la equidad como criterio único si la ley o las partes facultan al juzgador para ello.”

30 “(...), ¿Qué es lo que caracteriza a un fallo en equidad?

A juicio de la Sala nada mejor que los dos postulados que atrás se mencionaron para determinar si se rotula con la equidad a una decisión.

En efecto, la providencia será en equidad cuando: a) El juez o el árbitro inaplica la ley al caso concreto porque considera que ella es inícuo o que conduce a una iniquidad; b) El juez o el árbitro busca por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.

Pero, se repite, ninguna de estas hipótesis supone que el juzgador prescinda de la motivación o de las pruebas porque entonces ya no sería en equidad sino en conciencia y las decisiones de ésta naturaleza están proscritas de nuestro sistema jurídico tal como se deduce de los artículos 29, 116 y 230 superiores”.

31 Sentencia C-145 de 1998. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, 22 de abril de 1998, Expediente No. D-1772. Págs. 33 y 36. En esta sentencia la Corte decidió la constitucionalidad de los artículos 656 (parcial), 657 (parcial), 660, 661, 662, 675 (parcial), 676 y 680 del antiguo Código Penal Militar (Decreto 2550 de 1988).

Conforme al cambio legislativo que propició la modificación de la jurisprudencia del Consejo de Estado anteriormente referida, es necesario que todos los fallos, proferidos en equidad o en derecho, estén sustentados en pruebas, porque en últimas éstas son la base de la motivación de las sentencias, pues de lo contrario se configura un fallo en conciencia que está absolutamente proscrito por el ordenamiento jurídico colombiano.

En ese orden de ideas, es totalmente claro que los Jueces de Paz deben ineludiblemente proferir sus fallos en equidad con sustento en el acervo probatorio recabado en la actuación, y, en consecuencia, deberán decretar pruebas cuando quiera que las partes no las hayan solicitado ni aportado, porque tal y como se vio, la sentencia, así sea proferida en equidad, siempre debe estar fundamentada en pruebas.

Es necesario aclarar que no existe una disposición legal expresa que determine la oportunidad para recabar las pruebas en el procedimiento de la Jurisdicción de Paz, por ello debe entenderse que desde que se determine el fracaso de la audiencia de conciliación a la que convoca el Juez de Paz y hasta antes de que profiera el fallo, es procedente que se alleguen las pruebas que se pretenden hacer valer en el proceso.

Por otro lado, es importante tener en cuenta que el artículo 25 de la Ley 497 de 1999 preceptúa que, además de las partes, pueden allegar pruebas los miembros de la comunidad, y las autoridades civiles, políticas o de policía; no obstante, dicha disposición no establece claramente si en todos los casos cualquier miembro de la comunidad puede allegar pruebas al proceso, o si esto sólo es posible cuando el conflicto puesto en conocimiento del Juez de Paz involucra a la comunidad. Considero que, en atención al deber constitucional consagrado en el séptimo numeral del artículo 95<sup>32</sup>, es perfectamente posible que cuando un miembro de la comunidad conozca de la existencia de un conflicto entre dos personas y tenga en su poder una prueba que pueda ayudar a dirimirlo, pueda aportarla para ayudar a esclarecer la verdad dentro del proceso, aunque de todas maneras siendo las partes las directamente interesadas en el resultado de las actuaciones, lo normal sería que ellas mismas avisaran al juez que la prueba se encuentra en poder de un tercero para que el juez lo obligue a aportarla.

Al tema probatorio la Ley 497 de 1999 tan sólo dedica escasamente dos de sus artículos, cuando consagra que el Juez de Paz valorará las pruebas recabadas con fundamento en su criterio, experiencia y sentido común<sup>33</sup>, y cuando dispone

32 Dicho artículo constitucional consagra que: "(...) Son deberes de la persona y del ciudadano: (...) 7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia".

33 Artículo 25 Ley 497 de 1999.

que la sentencia en equidad se proferirá conforme a la evaluación de las pruebas allegadas<sup>34</sup>. Sin embargo, la ley no contempla la posibilidad de que el Juez de Paz pueda decretar pruebas de oficio, una facultad que puede ser bastante útil en caso de que las partes no aporten pruebas durante el procedimiento, teniendo en cuenta la necesidad jurídica de que en los procesos se recaben pruebas tal y como pasará a explicar a continuación.

En efecto, en el proceso que se adelanta ante la Jurisdicción Civil Ordinaria siempre se recaban pruebas, pues en la presentación de la demanda la parte demandante tiene que aportar las pruebas documentales que tiene en su poder<sup>35</sup>, y en dado caso que no solicitara ni aportara ningún medio, en tratándose de los procesos declarativos en los que pida el reconocimiento de una indemnización, compensación, o el pago de frutos o mejoras, va a tener que allegar el juramento estimatorio de perjuicios, que tiene la potencialidad de ser un medio de prueba si no es objetado<sup>36</sup>, so pena de que la demanda sea inadmitida<sup>37</sup>; así mismo, la parte demandada en la contestación de la demanda hace lo propio<sup>38</sup> y solicita las pruebas que pretende hacer valer si no obran en el expediente; y sin perjuicio de todo lo anterior, el juez tiene el deber de emplear sus poderes en materia de decretar pruebas de oficio para verificar los hechos alegados por las partes<sup>39</sup>, con el fin de cumplir con lo establecido en los artículos 42 y 280 del Código General del Proceso, disposiciones que lo obligan a motivar sus providencias, y especialmente las sentencias, de conformidad con el examen crítico de las pruebas. En conclusión, en el proceso que se surte ante la Jurisdicción Ordinaria siempre van a existir pruebas que le permitirán al juez ilustrar su criterio.

De la misma manera, en el arbitraje, también es necesario que se recaben pruebas, pues en caso de que un laudo no tenga sustento probatorio se entenderá proferido en conciencia y la ley prohíbe expresamente este tipo de laudos<sup>40</sup>, tal y como se precisó líneas anteriores.

Ahora bien, en la Jurisdicción de Paz el proceso es diferente y no existen como tal una demanda ni una contestación, simplemente existe una solicitud que presentan las partes que contiene: "la identidad de las partes, su domicilio, la descripción de los hechos y la controversia"<sup>41</sup>. Queda claro que hasta este punto

---

34 Artículo 29 Ley 497 de 1999.

35 Tal y como se consagra en el sexto numeral del artículo 82 del Código General del Proceso.

36 Así lo establece el artículo 206 del Código General del Proceso.

37 Conforme a lo preceptuado en el artículo 90 del Código General del Proceso

38 Véase para el efecto el cuarto numeral del artículo 96 del Código General del Proceso.

39 De conformidad con el numeral 4 del artículo 42 del Código General del Proceso.

40 En efecto, al tenor del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 configura una causal de anulación.

41 Segundo inciso del artículo 23 de la Ley 497 de 1999.



ninguna de las partes ha solicitado pruebas, apenas han concedido competencia al Juez de Paz para conocer de su conflicto.

La siguiente etapa en el proceso de la Jurisdicción de Paz es la audiencia de conciliación en la cual el Juez de Paz funge como mediador: no propone fórmulas de arreglo, sino que simplemente procura acercar a las partes para que ellas mismas lleguen a un acuerdo que les permita solucionar el conflicto. En esta fase es factible recopilar los medios de prueba que las partes aduzcan en la audiencia, pero es perfectamente posible que no alleguen prueba alguna por cuanto el fin primordial de esa audiencia es conciliar.

Dado el vacío legal que existe sobre el tema probatorio, en las siguientes líneas propondré alternativas para llenarlo de conformidad con los principios que informan la Jurisdicción de Paz y algunas normas de la Ley 497 de 1999, analizando la necesidad y la posibilidad de que el Juez de Paz tenga oficiosidad probatoria y las hipótesis en las que podría hacer uso de ella.

### **I. La oficiosidad probatoria en la Jurisdicción de Paz**

De conformidad con el artículo 29 de la Ley 497 de 1999 dentro de los cinco (5) días siguientes al fracaso de la audiencia de conciliación, el Juez de Paz debe proferir sentencia en equidad conforme a la evaluación de las pruebas allegadas, de tal manera que es imprescindible que se recaben pruebas durante el procedimiento. Si el juez se percatara de que no tiene prueba alguna, indiscutiblemente deberá decretar pruebas de oficio, pues tal y como se precisó anteriormente, todas las providencias que se profieren en equidad, sean laudos o sentencias, deben estar sustentadas en pruebas, y en ese sentido, los fallos que profieren los Jueces de Paz deben sustentarse y motivarse en las pruebas oportunamente allegadas al proceso, lo cual hace manifiesta la necesidad de que durante el procedimiento se recaben pruebas.

Esa necesidad nos hace preguntarnos, en caso de que en la audiencia de conciliación las partes no alleguen pruebas, ¿qué debe hacer el Juez de Paz? Existe en este punto un vacío legal que, a mi juicio, puede superarse de cuatro maneras: una de las posibilidades es requerir a las partes para que, tan pronto como les sea posible, alleguen las pruebas que sustentan sus pretensiones y sus excepciones o soliciten las que consideren necesarias, pero existe el riesgo de que a pesar de ese requerimiento las partes no alleguen prueba alguna; la otra posibilidad es solicitar directamente las pruebas que considere pertinentes a efectos de proferir el fallo en equidad; una tercera posibilidad es que requiera a las partes que alleguen sus pruebas, y en caso de que no las alleguen o de que ellas sean insuficientes para asentar su criterio por existir puntos que le puedan resultar confusos, solicite las que considere pertinentes para tener más claridad sobre el asunto y proferir su

decisión; y una última posibilidad es que solicite las pruebas que estime pertinentes y sin perjuicio de ello requiera a las partes para que alleguen las suyas.

Estimo que la solución más adecuada, por economía procesal y celeridad, es la última. Recuérdese que el Juez de Paz cuenta tan solo con cinco (5) días luego de fracasada la audiencia de conciliación para proferir sentencia y no puede perder tiempo requiriendo a las partes y esperando a que estas alleguen sus pruebas para en caso de no hacerlo, decretar aquellas que considere necesarias. En pocas palabras, culminada la audiencia de conciliación sin éxito el Juez de Paz debe verificar en qué hechos las partes están de acuerdo, requerirlas para que alleguen las pruebas que pretendan hacer valer respecto de los demás, y decretar las que estime pertinentes.

## 2. Pruebas que puede decretar el Juez de Paz

De acuerdo a lo explicado en la sección anterior, el Juez de Paz puede decretar las pruebas que le soliciten las partes, así como también debe tener oficiosidad probatoria. A continuación, precisaré lo que ocurre en la Jurisdicción Civil cuando el juez decide decretar una prueba, para luego determinar si es adecuado aplicar análogicamente a la Jurisdicción de Paz algunas disposiciones sobre la materia.

En la Jurisdicción Civil los jueces pueden decretar todas las pruebas que consideren necesarias siempre que sean conducentes, pertinentes y útiles para ilustrar su conocimiento sobre los hechos discutidos en el proceso<sup>42</sup>; sin embargo, en la Jurisdicción de Paz el tema no se encuentra regulado, de hecho, la ley ni siquiera consagra la posibilidad de que el Juez de Paz decrete pruebas de oficio. En mi opinión, el Juez de Paz debe decretar todo tipo de pruebas que considere necesarias a efectos de conocer a profundidad los hechos y proferir la sentencia en equidad más adecuada para cada caso, desde interrogatorios (tanto a las partes como a terceros), hasta el aporte de documentos o inclusive inspecciones judiciales, respetando en todo momento los derechos de las partes, especialmente el de no autoincriminación, y siempre que, además de necesarias, esas pruebas sean conducentes, pertinentes y útiles.

Ahora bien, ¿cómo determina el Juez de Paz que una prueba es conducente, pertinente y útil? La conducencia hace alusión a la “idoneidad legal que tiene una prueba para demostrar determinado hecho y supone que no exista una norma

42 Además de encontrarse doctrinalmente decantados, estos criterios pueden extraerse del artículo 178 del Código de Procedimiento Civil (que sustancialmente es igual al 168 del Código General del Proceso) que consagra: “Rechazo *in limine*. Las pruebas deben ceñirse al asunto materia del proceso y el juez rechazará *in limine* las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas”.

legal que prohíba el empleo del medio probatorio utilizado<sup>43</sup>. En otras palabras, la conducencia implica que la prueba sea legalmente apta para demostrar un determinado hecho, y esa aptitud legal se manifiesta en que la ley no prevea un medio de prueba determinado para el hecho que se pretende demostrar; ni prohíba la demostración del hecho a través del medio probatorio utilizado por la parte.

La pertinencia, por su lado, se refiere a la “relación de facto entre los hechos que se pretenden demostrar y el tema del proceso”<sup>44</sup>, es decir, el juez debe evaluar los hechos que pretende demostrar el medio probatorio, y corroborar que esos hechos sean objeto del proceso.

Finalmente, la utilidad significa que las probanzas deben prestar algún servicio en el proceso para ilustrar la convicción del juez<sup>45</sup>.

En mi opinión esos requisitos se tienen que aplicar analógicamente en la Jurisdicción de Paz por ser una garantía de los derechos al acceso a la justicia y al debido proceso<sup>46</sup>: los jueces de paz deben verificar la conducencia, pertinencia y utilidad de las pruebas, y estos criterios deben erigirse como límite, no sólo en el momento de decretar pruebas de oficio, sino que también deben observarse a efectos de decretar las pruebas que eventualmente soliciten las partes, tal y como ocurre en la Jurisdicción Civil.

Sin embargo, conforme a lo precedentemente expuesto, es claro que para examinar específicamente la conducencia de una prueba es menester que el operador judicial tenga algunos conocimientos jurídicos y que, tal y como se precisó en acápite anterior, para ser Juez de Paz no es necesario ser abogado ni concedor del derecho.

De acuerdo con lo anterior, parecería un despropósito argumentar que los Jueces de Paz deban verificar la conducencia de las pruebas que decretan sin tener conocimientos jurídicos, pero en la Ley 497 de 1999 existe un mecanismo que hace perfectamente plausible dotar a los Jueces de Paz de conocimientos jurídicos básicos, para que de esta manera puedan ejercer su función garantizando en todo momento los derechos de las personas que ante ellos concurren. En efecto, según lo consagra el artículo 21 de la Ley 497 de 1999, los Jueces Paz deben recibir capacitación permanente en el marco del Programa General de Formación

43 PARRA QUIJANO, J.: *Manual de Derecho Probatorio*, 18ª ed., Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá D.C., 2011, p. 145.

44 *Ibid.*, p. 145.

45 *Ibid.*, Pfr., p. 148.

46 El hecho de que la Jurisdicción de Paz se considere una especie de justicia comunitaria caracterizada por un mínimo de formalismos, no implica que sea ajena al respeto de los derechos fundamentales.

de Jueces de Paz y Reconsideración que se encuentra a cargo, en cuanto a su organización y ejecución, del Consejo Superior de la Judicatura. Pues bien, esa capacitación debe aprovecharse para brindarles a los jueces el conocimiento jurídico necesario que les permita hacer uso de la facultad de decretar pruebas bien sea de oficio o a solicitud de alguna de las partes.

Y es que reitero, si en el procedimiento no se recaban pruebas el juez no puede fallar porque de hacerlo su sentencia estaría proferida en conciencia, y ese tipo de providencias esta proscrito del ordenamiento jurídico colombiano<sup>47</sup>.

En este punto quiero aclarar algo, mi objetivo con el presente trabajo no es formalizar la Jurisdicción de Paz, sino reivindicar esta forma de Justicia Comunitaria haciendo frente a algunas vicisitudes que se le pueden presentar a los Jueces de Paz durante el desarrollo de su labor, garantizando el respeto del derecho al debido proceso de las partes que concurren ante dicha jurisdicción. El hecho de que la Jurisdicción de Paz sea una especie de Justicia Comunitaria en la que se aplica un mínimo de formalismos, no implica que por ello sea ajena al respeto de la garantía y el derecho al debido proceso<sup>48</sup>.

### 3. Práctica de las pruebas decretadas por el Juez de Paz

La Ley 497 de 1999 no determina la manera a través de la cual se deben recaudar las pruebas decretadas por el Juez de Paz. En efecto, del articulado pareciera desprenderse la idea de que en todos los casos las partes, los miembros de la comunidad, o las autoridades de civiles, políticas o de policía allegan pruebas. Sin embargo, es posible que el Juez de Paz se enfrente a un caso en el cual las partes, por mero descuido o por cualquier otra circunstancia no alleguen pruebas, y por ello es necesario brindarle herramientas de las que pueda echar mano para conjurar semejante situación.

47 Ello en virtud del principio de necesidad de la prueba consagrado en nuestro ordenamiento positivo en el Código General del Proceso (artículo 164) y en el Código de Procedimiento Civil (artículo 174). Según dicho principio "Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso".

48 De hecho, la Corte Constitucional ha analizado en dos oportunidades la procedencia excepcional de la acción de tutela contra las sentencias en equidad proferidas por los Jueces de Paz, en los fallos de tutela T-796 de 2007 y T-809 de 2008, precisando en ambos fallos que el análisis de procedibilidad es diferente al efectuado respecto de las providencias proferidas en derecho, atendiendo la especial naturaleza de los fallos en equidad, y concluyendo que: "Esa esencial labor que desarrollan los jueces de paz está investida de los atributos de autonomía e independencia (art. 5° Ley 497/99). No obstante, su ejercicio debe armonizarse con un irrestricto respeto de los derechos fundamentales y las garantías de quienes intervienen en la actuación, así como de los terceros que puedan resultar afectados con los acuerdos o las decisiones en equidad, pues tal como lo establece la misma disposición mencionada el único límite que se le impone al desempeño autónomo de los Jueces de Paz, es la Constitución.

(...)

[L]a naturaleza específica que se reconoce a la jurisdicción de paz, las actuaciones de los jueces que deciden en equidad deben ajustarse a los preceptos constitucionales y al debido proceso previsto en la propia normatividad que la establece. Respetando sus especificidades, las decisiones que profieran los jueces de paz deben ceñirse a los principios que orientan la jurisdicción, a los criterios de competencia previstos en la ley, y al procedimiento establecido por el legislador para garantizar los derechos tanto de los intervinientes en este tipo de procesos, como de los terceros que resulten afectados por sus decisiones".

Como bien se expuso anteriormente, el Juez de Paz puede decretar las pruebas que considere necesarias para poder fallar. Puede ocurrir que una vez el Juez de Paz decreta la prueba, ésta sea aportada espontáneamente, pero también puede suceder que las partes sean renuentes a aportar la prueba decretada por el juez.

La Ley 497 no contempla lo que sucede en caso de que una de las partes sea renuente a ejecutar una decisión tomada por el Juez de Paz diferente a la que consigna en el acuerdo conciliatorio o en la sentencia, pues en estos últimos casos al tenor de lo dispuesto en el artículo 37<sup>49</sup> los Jueces de Paz tienen las facultades especiales de sancionar a la parte que incumpla con amonestación privada o pública, multas hasta por 15 salarios mínimos mensuales legales vigentes, y con actividades comunitarias no superiores a dos meses, apoyándose para ejecutar la sanción que disponga en las demás autoridades<sup>50</sup>.

En la hipótesis de la renuencia para aportar o practicar pruebas considero que el juez debe proceder de la siguiente manera: si la prueba es solicitada por una de las partes para que sea aportada por la contraparte, el juez debe verificar si la razón por la cual la parte solicitante no tiene en su poder la prueba es atendible, y en ese caso requerir a la contraparte para que la allegue so pena de imponerle multa y de que se tenga por probado el hecho que la otra parte pretendía demostrar con dicha prueba, a menos que demuestre una justa causa que le impida aportar dicho medio probatorio; pero si la prueba es decretada de oficio, el juez únicamente impondrá la multa y valorará el comportamiento de la parte que tenía el deber de aportar la prueba decretada como un indicio en su contra, sin que en esta hipótesis sea posible dar por probado hecho alguno.

Si la renuencia se hace efectiva respecto a la práctica de la inspección judicial, podría dársele una interpretación extensiva al artículo 37 de la Ley 497 de 1999

---

49 “Artículo 37: Son facultades especiales de los jueces de paz, sancionar a quien incumpla lo pactado en el acuerdo conciliatorio y lo ordenado mediante sentencia con amonestación privada, amonestación pública, multas hasta por quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes y actividades comunitarias no superiores a dos (2) meses, sin perjuicio de las demás acciones legales a que haya lugar. No obstante el juez de paz no podrá imponer sanciones que impliquen privación de la libertad.

Con la imposición de actividades comunitarias, el juez evitará entorpecer la actividad laboral, la vida familiar y social del afectado y le está prohibido imponer trabajos degradantes de la condición humana o violatorio de los derechos humanos.

Para la ejecución de dichas sanciones las autoridades judiciales y de policía están en el deber de prestar su colaboración”.

50 Antes de la expedición del nuevo Código de Policía, Ley 1801 de 2016, el Juez de Paz podía apoyarse también en los inspectores de policía; sin embargo, el parágrafo 1 del artículo 206 estableció que “Los inspectores de policía no ejercerán funciones ni realizarán diligencias jurisdiccionales por comisión de los jueces, de acuerdo con las normas especiales sobre la materia”: Sobre el tema, debe resaltarse que la posibilidad propuesta es totalmente plausible, pues en la sentencia de tutela T-638 de 2010 la Corte Constitucional determinó que “conforme con el ordenamiento jurídico y con la jurisprudencia constitucional, las decisiones adoptadas por los jueces de paz, en los conflictos puestos a su conocimiento por los particulares, son de obligatorio cumplimiento y tienen los mismos efectos que las sentencias dictadas por los jueces ordinarios, sin que, en principio, puedan ser cuestionadas, por conductos diferentes a los previstos en la misma ley, por las partes o por las autoridades”.

anteriormente explicado, para concluir que el Juez de Paz debe apoyarse en las demás autoridades para practicarla.

#### 4. Valoración de las pruebas por parte del Juez de Paz

El artículo 25 de la Ley 497 de 1999 establece que “[e]l juez valorará las pruebas que alleguen las partes, los miembros de la comunidad o las autoridades de civiles, políticas o de policía, teniendo como fundamento su criterio, experiencia y sentido común”. Algo similar se preceptúa en el Código General del Proceso cuando en su artículo 176 consagra que: “(l)as pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos”<sup>51</sup>; de tal manera que mientras que la Ley 497 consagra que el Juez de Paz valora las pruebas con base en su criterio, experiencia y sentido común, el Juez Civil lo hace con fundamento en las reglas de la sana crítica.

Conforme al diccionario de la Real Academia Española, criterio significa juicio o discernimiento<sup>52</sup>; experiencia es el “conocimiento de la vida adquirido por las circunstancias o situaciones vividas”<sup>53</sup>; y el sentido común, por su parte, es el “modo de pensar y proceder tal como lo haría la generalidad de las personas”<sup>54</sup>, o en otras palabras aquél conjunto de convicciones que la mayoría de las personas comparte sobre la forma en que se debe ser o actuar. En ese orden de ideas, el Juez de Paz debe valorar las pruebas al margen de razonamientos jurídicos avanzados, y simplemente debe aplicar su experiencia y con fundamento en ella darle verosimilitud a los hechos que las pruebas pretenden comprobar.

De la lectura de los artículos citados anteriormente surge un interrogante ¿son equiparables las reglas de la sana crítica al criterio, experiencia y sentido común de una persona? El profesor Eduardo Couture concluye que “[f]rente a la duda que consiste en saber si las reglas de la sana crítica son ciencia o experiencia, debemos concluir que son ambas a la vez. (...) La sana crítica no puede desentenderse de los principios lógicos, ni de las reglas de la experiencia. Los primeros son verdades inmutables, anteriores a toda experiencia; las segundas son contingentes, variables con relación al tiempo y al espacio. La sana crítica será, pues, permanente e inmutable en un aspecto y variable y contingente en otro”<sup>55</sup>.

51 El artículo 176 del Código General es idéntico al artículo 187 del Código de Procedimiento Civil.

52 Consultado en julio de 2015 en: <http://lema.rae.es/drae/?val=criterio>

53 Consultado en julio de 2015 en: <http://lema.rae.es/drae/?val=experiencia>

54 Consultado en julio de 2015 en: <http://lema.rae.es/drae/?val=sentido+común>

55 COUTURE, E. J.: *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, 3ª ed., Ediciones Depalma Buenos Aires, 1989, pp. 193-194.

Por su parte, el doctrinante Jairo Parra Quijano sostiene que las reglas de la sana crítica implican “una libertad reglada, ya que el juez debe tener en cuenta para valorar la prueba los excedentes extralegales que son: las reglas de la experiencia, las de la lógica, de la ciencia y de la técnica”<sup>56</sup>. Así mismo, Enrique Falcón sostiene que las reglas de la sana crítica “están incluidas en las ciencias (experimentales, como la física; culturales, como la historia); en la técnica (como derivado necesario de la ciencia en su aplicación); en las reglas de la experiencia; en la lógica, por dos vías: como marco para las demás actividades científicas, técnicas o experimentales, y por la vía argumental en la exposición de la sentencia”<sup>57</sup>.

De esta manera, todo parece indicar que las reglas de la sana crítica son el género al paso que las reglas de la experiencia son la especie. Ahora bien, ¿qué son las reglas de la experiencia? Friedrich Stein considera que son “definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”<sup>58</sup>. Por su parte, para Eduardo Couture las máximas de la experiencia “son normas de valor general, independientes del caso específico; pero como se extraen de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie”<sup>59</sup>. Así mismo, según el doctrinante Parra Quijano las reglas de la experiencia se encuentran en el “*sentido común*”<sup>60</sup>, que, citando a Alfred Schutz, se encuentra integrado por “un núcleo relativamente pequeño de conocimiento que es claro, nítido y coherente en sí mismo; rodean a este núcleo zonas de diversos grados de vaguedad, oscuridad y ambigüedad; siguen otras zonas de cosas que se presuponen, creencias ciegas, meras suposiciones, puras conjeturas, zonas donde bastará simplemente confiar; hay por último, regiones que ignoramos por completo”<sup>61</sup>.

En conclusión, las reglas de la sana crítica que son empleadas por los Jueces Civiles, están conformadas por las reglas de la experiencia, de la lógica y de la técnica; por otro lado, los Jueces de Paz deben valorar las pruebas conforme a su criterio, a su experiencia y su sentido común. Es importante ahora precisar dos aspectos: por un lado, que el conocimiento jurídico no es necesario en el

56 PARRA QUIJANO, J.: “Razonamiento judicial en materia probatoria”, p. 45. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3069/7.pdf>.

57 FALCÓN, E. M.: *Tratado de la Prueba*, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 572.

58 STEIN, F.: *El conocimiento privado del juez*, 2ª ed., Temis, 1988, p. 27.

59 COUTURE, E. J.: *Estudios*, cit., p. 192.

60 PARRA QUIJANO, J.: “Razonamiento judicial”, cit., p. 47.

61 SCHUTZ, A.: “*Escritos II*”, Buenos Aires, Amorrortu, 2003, pp. 260-269; PARRA QUIJANO, J.: “Razonamiento judicial”, cit., p. 48.

momento de valorar una prueba; y por otro ¿será que las reglas de la lógica y de la técnica no son de necesaria aplicación por parte de los Jueces de Paz?

Siguiendo lo sostenido por Enrique Falcón, es evidente que las reglas de la lógica deben ser incuestionablemente aplicadas por los Jueces de Paz en el momento de valorar las pruebas, pues la lógica es fundamental para desarrollar cualquier actividad humana y en especial para estructurar una sentencia. Ahora bien ¿son las reglas de la técnica indispensables para que el Juez de Paz valore las pruebas? Considero que el Juez de Paz está obligado a aplicar las reglas de la técnica que conoce, sin que ello implique que esté obligado a conocerlas todas, pues debe tenerse en cuenta que para ser Juez de Paz no es menester poseer conocimientos profundos sobre algún tema específico.

En conclusión, los Jueces de Paz deben valorar las pruebas con fundamento en las reglas de la experiencia, de la lógica y de la técnica que conocen, asemejándose a la manera en que los Jueces Civiles valoran las pruebas en los procesos que son de su competencia.

#### IV. CONCLUSIONES

1º) La Ley 497 de 1999, a través de la cual el legislador reglamentó la Jurisdicción Especial de Paz tiene lagunas, así como algunas disposiciones que en la práctica dificultan la labor de los Jueces de Paz, como por ejemplo en lo atinente al acceso a esta Jurisdicción Especial, y en lo referido al decreto y práctica de las pruebas durante el procedimiento.

2º) Teniendo en cuenta la primera conclusión, es primordial que mediante una reforma legal se establezca la posibilidad de que los Jueces de Paz puedan enviar una invitación a la parte que no solicitó la resolución del conflicto, a efectos de que esta decida libremente concurrir o no a la audiencia de conciliación, tal y como se ha superado ese obstáculo en la práctica. En defecto de la reforma legal, es preciso que el Consejo Superior de la Judicatura permita a los Jueces de Paz enviar la invitación sin temor a represalias disciplinarias, reglamentando el tema y elaborando para el efecto formatos de invitación a las partes.

3º) Así mismo, en atención a la necesidad de que los fallos en equidad que profieren los Jueces de Paz sean motivados, es imperante que los Jueces de Paz, pese a que la Ley 497 de 1999 no lo consagre expresamente, decreten pruebas de oficio cuando quiera que las partes no las hayan solicitado ni aportado, atendiendo a los criterios de conducencia, pertinencia y utilidad. A mi juicio, este punto también debería ser objeto de reforma legal, a efectos de consagrar expresamente una etapa probatoria dentro del procedimiento que se surte ante los Jueces de Paz, y establecer la posibilidad de que los Jueces de Paz decreten pruebas de oficio



para disipar de esta manera toda duda y permitir que los jueces hagan uso de esta facultad sin temor alguno.

4º) Pese a que los Jueces de Paz están facultados por ley para proferir fallos en equidad ante el fracaso de la audiencia de conciliación, en la práctica no lo hacen, en gran medida por el temor que les genera estar sujetos al control disciplinario que ejerce el Consejo Superior de la Judicatura pese a no ser abogados, y por el hecho de que el fallo proferido en equidad tenga efectos de cosa juzgada. Para superar ese temor, es necesario que los Jueces de Paz profieran sus fallos respetando el derecho al debido proceso de las partes, lo cual se logra, primordialmente, motivando la sentencia de conformidad con las pruebas recaudadas durante el proceso, y valorándolas con fundamento en las reglas de la experiencia, de la lógica y de la técnica que conocen, asemejándose a la manera en que los Jueces Civiles valoran las pruebas en los procesos que son de su competencia.

5º) Finalmente, considero que el Consejo Superior de la Judicatura debe establecer y divulgar unos parámetros y criterios objetivos a efectos de juzgar disciplinariamente a los Jueces de Paz, teniendo en cuenta que las personas que ejercen esta labor no necesariamente son abogados, no tienen necesariamente conocimientos jurídicos, y profieren fallos en equidad. Así, los Jueces de Paz conocerán de antemano los límites de su labor, y podrán desempeñar sus funciones con mayores garantías.

## V. BIBLIOGRAFÍA

ACERO GALLEGO, L. G.: *Teoría aplicada de la jurisdicción: estudio sobre la renovación del trinomio jurisdicción, acción y proceso*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

CÁRDENAS MEJÍA, J.P.: "El laudo arbitral y los recursos de revisión y anulación en el arbitraje nacional", CÁRDENAS MEJÍA et al: *Estatuto Arbitral Colombiano*, Legis Editores, Bogotá, 2013.

COUTURE, E. J.: *Estudios de derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1989.

FALCÓN, E. M.: *Tratado de la prueba*, Astrea, Buenos Aires, 2003.

PARRA QUIJANO, J.: *Manual de derecho probatorio*, Librería Ediciones del Profesional Ltda, Bogotá, 2011.

PARRA QUIJANO, J.: (s.f). "Razonamiento judicial en materia probatoria". Obtenido de Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3069/7.pdf>

REVILLA, M. T.: "La justicia de paz y las organizaciones sociales en el Perú", en BARRIOS GIRALDO, A.E.: *Conflicto y Contexto - Resolución Alternativa de Conflictos y Contexto Social*, Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1997.

SCHÜTZ, A.: *Escritos II*, Buenos Aires: Amorrortu, 2003.

STEIN, F.: *El conocimiento privado del juez*, Temis, 1988.

UPRIMNY YEPES, R. (1999). "¿Son posibles los jueces de paz y la justicia comunitaria en contextos violentos y antidemocráticos?", *Justicia y Desarrollo*, pp. 1-15.

## VI. OTROS RECURSOS.

### I. Índice legal

Constitución Nacional de Colombia.

Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

Ley 497 de 1999, por la cual se crean los jueces de paz y se reglamenta su organización y funcionamiento.

Ley 1564 de 2012, por la cual se expide el Código General del Proceso.

Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones.

Ley 1801 de 2016, por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia

Código de Procedimiento Civil.

Ley 23 de 1991, por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones.

Decreto 1818 de 1998, por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Resolución 029 de 2000 del Consejo Nacional Electoral.

Proyectos de ley sobre la Jurisdicción de Paz: 147 y 314 de 1993, 40 y 123 de 1994, 127 de 1995 y 108 de 1996, Proyecto de Ley número 223 de 1998 Cámara, 57 de 1997 Senado, sentaron las bases para la expedición de la Ley 497 de 1999.

Gaceta del Congreso Número 389 de 1997.

### 2. Índice Jurisprudencial.

#### A) Corte Constitucional:

a) Sentencias de constitucionalidad:

C-536 de 1995, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa, 23 de noviembre de 1995, Expediente No. D-950.

Sentencia C-145 de 1998. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, 22 de abril de 1998, Expediente No. D-1772.

Sentencia C-103 de 2004, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa, 10 de febrero de 2004, Expediente No. D-4759.

Sentencia C-059 de 2005, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández, 1 de febrero de 2005, Expediente D-5244.

Sentencia C-187 de 2006, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández, 15 de marzo de 2006, Expediente P. E. 025.

Sentencia C-713 de 2008, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández, 15 de julio de 2008, Expediente P. E. 030.

Sentencia C-631 de 2012, M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto, 15 de agosto de 2012, Expediente D-8894.

b) Sentencias de tutela:

Sentencia T-796 de 2007, M. P.: Jaime Córdoba Triviño, 27 de septiembre de 2007, Expediente T-1631256.

T-809 de 2008, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa, 21 de agosto de 2008, Expediente T-1889760.

T-638 de 2010, M. P.: Gabriel Eduardo Martelo Mendoza, 17 de agosto de 2010, Expediente T-2626314.

#### **B) Consejo de Estado:**

Sentencia del 21 de febrero de 2011, con ponencia del consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa, bajo el radicado número 38621.



ASPECTOS CRITICOS SOBRE RECIENTES REFORMAS DEL  
DESPIDO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL Y LA POSIBLE  
CONVENIENCIA DE UN FONDO DE CAPITALIZACIÓN

*CRITICAL ASPECTS ON DISMISSAL RECENT REFORMS IN SPANISH  
LAW AND THE POSSIBLE CONVENIENCE OF A CAPITALIZATION FUND*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 502-521*



Enrique  
LALAGUNA  
HOLZWARTH

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 7 de mayo de 2017

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de junio de 2017

**RESUMEN:** El trabajo analiza las diversas implicaciones del fenómeno del abaratamiento y la facilitación de los despidos en la legislación española y sus consecuencias tras las últimas reformas laborales operadas a raíz de la reciente crisis financiera. Al respecto se exponen, en primer lugar, diversas cuestiones que afectan a los despidos colectivos tales como las relativas al control judicial sobre la decisión extintiva empresarial, los conflictos generados por las obligaciones formales dimanantes de la Directiva 98/59 y la necesaria reordenación de este tipo de despidos para su adaptación a las decisiones del TJUE en relación con el cálculo de dichas extinciones. En segundo lugar, se referencian cuestiones atinentes al despido disciplinario tales como el uso inadecuado del despido disciplinario en España para encubrir despidos económicos o la limitación de los salarios de tramitación. Por último se analiza la posible conveniencia de una propuesta legislativa basada en la posible constitución de un fondo de capitalización para los trabajadores como alternativa al actual sistema de indemnizaciones por despido.

**PALABRAS CLAVE:** Despido, despidos colectivos, información y consulta, Tribunal de Justicia Unión Europea, centro de trabajo, trabajadores temporales, despido disciplinario, salario de tramitación, indemnización por despido, fondo de capitalización.

**ABSTRACT:** The paper analyses firstly the various implications of the underselling and facilitation of dismissals in the Spanish Law and its consequences due to labor reforms and financial crisis. In this regard, there follows, firstly, various matters affecting collective redundancies such as the judicial review on the employer dismissal decision, the labor conflicts due to formal obligations from the Council Directive 98/59/EC and the necessary reorganization of this kind of dismissals for their adjustment to the Court of Justice of the European Union rulings related with the calculation of these dismissals. Secondly, the paper analyses issues regarding disciplinary dismissals such as the improper use of this type of dismissals to conceal redundancy for economic reasons or others as limitation of the procedural salaries. Finally, the potential suitability of legislative proposal based on a labor capitalization fund as alternative to current severance pay system is analyzed.

**KEY WORDS:** Dismissal, collective redundancies, information and consultation, Court of Justice of the European Union, workplace, temporary worker, disciplinary dismissal, procedural salary, severance pay, labor capitalization fund.

**SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES GENERALES.- II. EL DESPIDO COLECTIVO.-** 1. La conexión de razonabilidad. Su subsistencia judicial frente a la desaparición legal.- 2. Los conflictos derivados del nuevo procedimiento de información y consulta.- 3. La necesaria reordenación el despido colectivo en España para su adaptación a las decisiones del TJUE.- **III. EL DESPIDO DISCIPLINARIO.-** 1. El recurso a la modalidad disciplinaria del despido para encubrir despidos económicos y la desaparición del despido “express”.- 2. La notable limitación de los salarios de tramitación.- **IV. EL SISTEMA INDEMNIZATORIO ESPAÑOL Y EL DEBATE SOBRE LA CONVENIENCIA DE UN FONDO DE CAPITALIZACIÓN PARA LOS TRABAJADORES.- V. BIBLIOGRAFÍA.**

---

## **I. CONSIDERACIONES GENERALES.**

A día de hoy, a nadie escapa el hecho de que la modificación de la tendencia empresarial en el uso del despido como una herramienta habitual de la gestión del personal de las empresas requiere, en nuestro país, de amplios esfuerzos, tanto desde el punto de vista legislativo, como en cuanto a lo que podría considerarse la necesaria reeducación de la costumbre empresarial en el uso de esta institución extintiva.

Los consabidos vaivenes de un mercado financiero en constante mutación y el carácter imprevisible de la economía los últimos años se ha reflejado en las reformas laborales intentando recortar el control judicial sobre el despido, al tiempo que se ha desplazado la necesaria ponderación de la conservación del empleo como bien jurídico protegido que debe coexistir en la relación de trabajo junto a la preservación del interés económico empresarial.

Desde punto de vista legislativo las últimas reformas laborales han hecho especial hincapié en la necesidad de rebajar los costes y aumentar la libertad para despedir<sup>1</sup>. Asimismo, por lo que se refiere a la práctica empresarial, no es ningún secreto que el abaratamiento de los despidos ha supuesto un incremento

---

<sup>1</sup> SALA FRANCO, T.: “Puntos críticos para un debate sobre la reforma laboral de 2012”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2013, núm. 10, pp. 31-44.

### • Enrique Lalaguna Holzwarth

El autor es Profesor Contratado Doctor Interino de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Doctor Europeo en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad de Bologna (Italia). Actualmente desempeña su labor docente e investigadora en la Universidad de Valencia (España), siendo autor de diversas monografías y diferentes artículos y capítulos de libro en materia de Derecho laboral y de la Seguridad Social. Entre sus líneas de investigación principales destacan entre otras: La movilidad geográfica transnacional en el seno de los grupos de empresa multinacionales, La relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, El despido económico del personal laboral en el sector público, o la Negociación colectiva en Finlandia. enlaholt@uv.es



considerable en la cantidad de expedientes de regulación de empleo desde la reciente reforma de la crisis<sup>2</sup>.

En este sentido, podría hablarse de varios aspectos determinantes de este fenómeno del abaratamiento y la facilitación de los despidos. Entre ellos, y en el caso de los despidos colectivos, la nueva definición y al tiempo flexibilización de las causas objetivas del despido y la supresión del requisito de la autorización administrativa previa.

También se ha de resaltar la minoración de las indemnizaciones por despido improcedente<sup>3</sup>, la eliminación de los salarios de tramitación en los despidos declarados judicialmente improcedentes y las facilidades para poder llevar a cabo despidos por absentismo laboral<sup>4</sup>.

Junto a ello, otras medidas implementadas por la reforma en materia despido quizá no tan criticables son, por ejemplo, el hecho de que se suprime el conocido como despido “exprés”, es decir, alegar un motivo disciplinario y evitar ir a juicio reconociendo después la improcedencia del despido y pagando la indemnización correspondiente.

## II. EL DESPIDO COLECTIVO.

### I. La conexión de razonabilidad. Su subsistencia judicial frente a la desaparición legal.

Con todo, parece que el verdadero problema vuelve a centrarse en la cuestión relativa al control judicial sobre la decisión empresarial extintiva y en si dicho control debe limitarse única y exclusivamente a la constatación de una situación económica objetivamente desfavorable para la empresa, o si por el contrario, debe además evaluar los parámetros de razonabilidad que justifican la supresión de los puestos de trabajo afectados por esa decisión empresarial.

Curiosamente, la concurrencia de las causas objetivas reconocidas por la reforma no garantizan *per se* que un despido colectivo sea reconocido como ajustado a derecho<sup>5</sup>, es decir los órganos jurisdiccionales competentes siguen imponiendo la llamada “conexión de razonabilidad” entre la causa motivadora y

2 En 2012 y 2013 los despidos colectivos superan en un 57% los registrados en 2010 y en cerca del 20% los llevados a cabo en 2011. Incluso superan en casi un 30% a los que se produjeron en 2009, siendo este el año más crítico desde el inicio de la crisis en cuanto a la destrucción de empleo. En GÓMEZ SÁNCHEZ, V.: “El legado de la Reforma de 2012”, en AA.VV.: Reformas Laborales en la gran recesión, (coord. por S. M. RUESGA BENITO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 83-112.

3 Se rebaja la indemnización por despido improcedente los contratos indefinidos a 33 días, en vez de 45, con un máximo de dos años de salario en vez de 3,5.

4 SALA FRANCO, T.: “Puntos críticos”, cit., p. 42.

5 Entendiendo por no ajustado derecho lo que podría considerarse como improcedente

las consecuencias extintivas del despido colectivo, y ello pese a que dicha exigencia haya desaparecido, al menos desde el punto de vista formal, de la previsión legislativa.

En este sentido da la sensación de que los órganos jurisdiccionales han querido reconducir a través de la falta de proporcionalidad o razonabilidad el exceso de la medida recibida a través de la reforma en lo que atañe a los despidos colectivos. Sobre todo, si se tiene en cuenta que la declaración por parte de un órgano judicial de dicha falta de proporcionalidad supone para las empresas el pago de las indemnizaciones más altas previstas para los despidos improcedentes. En otras palabras, la declaración de improcedencia del despido colectivo por dicha falta de razonabilidad parece haber jugado un efecto corrector o de desincentivación hacia el despido colectivo para con los empresarios.

## 2. Los conflictos derivados del nuevo procedimiento de información y consulta.

Ese intento represivo del control judicial del despido ha tenido como efecto colateral, en especial en lo que atañe al despido colectivo, el establecimiento de mayores requisitos formales. Todo ello debido a un procedimiento de información y consulta que por requerimiento de la Directiva 98/59<sup>6</sup> ha generado importantes escollos en el trámite negociador.

Junto a ello, el alumbramiento del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, ha supuesto, de un lado, que se reduzca considerablemente la intervención pública que venía aportando seguridad jurídica y, de otro lado, que las previsiones del artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores, sobre la entrega de documentación a los representantes legales de los trabajadores, se amplíen de tal modo que ahora se imponen de forma exhaustiva requisitos sobre la forma en la que se han de llevar a cabo la entrega de documentos, la notificación del despido colectivo o la constitución de la mesa negociadora, etc., todo ello informado y auspiciado por la necesidad de que se negocie de buena fe<sup>7</sup>.

En este sentido, teniendo en cuenta que por mandato del artículo 2.3 a) de la Directiva 1998/59/CE de 20 de julio, la empresa se encuentra obligada a entregar toda aquella información adicional que sea solicitada por la Comisión representativa de los trabajadores -siempre que esta información sea considerada pertinente-, y que como es sabido la falta en la entrega de dicha documentación

6 Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

7 Artículo 7.1 Código Civil.

puede conllevar la declaración de nulidad del despido colectivo, no es de extrañar, que en tales circunstancias una elevada cantidad de sentencias hayan declarado nulo<sup>8</sup> el despido colectivo por defectos de forma desde la implementación de esta nueva normativa.

Como es sabido, la nulidad por defectos formales en la tramitación comporta para la parte empresarial gravosos efectos tales como la readmisión de los trabajadores afectados por el despido colectivo y el correspondiente pago de los salarios de tramitación que correspondan. No obstante conviene tener en cuenta que no todos los defectos formales en la tramitación de los despidos colectivos comporta la declaración de nulidad per se. Asimismo el mandato de que la negociación se desarrolle bajo el auspicio del principio de la buena fe no es sinónimo de que se alcance un acuerdo con los representantes de los trabajadores.

En este sentido, parte de la doctrina<sup>9</sup>, se inclina por la propuesta de soluciones para estos casos de nulidad como la que supondría introducir una fase preliminar para la subsanación de errores formales por parte de la Inspección de Trabajo. Esta corriente además coincide al considerar que este tipo de irregularidades formales no deben ser motivo de la declaración de nulidad del despido colectivo sino más bien de la declaración de improcedencia del mismo, habiéndose de reservar la declaración de nulidad para aquellos supuestos que representen verdaderas vulneraciones de derechos fundamentales de los trabajadores.

En cualquier caso resulta indudable que en cuanto al procedimiento de información y consulta de los trabajadores en los despidos colectivos deberían precisarse con mayor nitidez las obligaciones de información y documentación que deben llevar a cabo las empresas así como la determinación de forma concreta de los periodos de consulta otorgando mejores canales informativos a los representantes de los trabajadores y generando mayor seguridad jurídica.

### **3. La necesaria reordenación del despido colectivo en España para su adaptación a las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.**

En materia de despido colectivo convendría revisar la normativa actual, especialmente en cuanto a la determinación del centro de trabajo como unidad de referencia física básica para el cálculo de las extinciones en los despidos colectivos (centros de trabajo vs. empresas), la inclusión de los trabajadores temporales a la hora de determinar este tipo de cálculos, así como las extinciones contractuales computables (como las que son resultado de modificaciones sustanciales de

---

8 Conviene recordar que la nulidad por razones formales había sido prácticamente eliminada de nuestro ordenamiento jurídico en la reformas de 1994 y 2010.

9 DESDENTADO BONETE, A.: "Problemas procesales del despido colectivo en la doctrina del Tribunal Supremo", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, 2014, núm. 169°, pp. 55-82.

condiciones de trabajo y traslados por voluntad del trabajador). Todo ello para acomodar la actual regulación española a los requerimientos de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencias Rabal Cañas, de 13 de mayo de 2015, C-392/13 y Pujante Rivera, de 11 de noviembre de 2015, C-422/14).

Sin ánimo de llevar a cabo un análisis exhaustivo del contenido de las sentencias arriba referenciadas, sí se ha considerado conveniente identificar aquellas cuestiones que comportan mayor afectación a nuestra normativa nacional sobre el despido colectivo y que explican en gran medida el porqué de una necesaria reformulación del artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores para su adecuación a los postulados jurisprudenciales europeos en materia de despido colectivo.

En este sentido, la sentencia Rabal Cañas, de 13 de mayo de 2015, C-392/13, resuelve inicialmente la cuarta de las cuestiones prejudiciales que plantea el Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, siendo esta la relativa a la necesaria concreción del concepto de centro de trabajo en la ya mencionada Directiva 98/59 y su posible contradicción con las previsiones del artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores.

En este punto, el debate se plantea en relación con el hecho de que para la determinación de los umbrales numéricos que obligan al inicio del procedimiento de información y consulta previsto para los despidos colectivos se tome como unidad física básica de referencia la empresa, con carácter único y exclusivo, o si por el contrario el umbral del artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores debe aplicarse con independencia de que la unidad física básica de referencia sea la empresa o el centro de trabajo.

Aunque en la sentencia se clarifica que el centro de trabajo puede tratarse de una entidad diferenciada de la empresa, se señala que este razonamiento diferenciador no debe invalidar el carácter protector que inspira el artículo 1.1 de la Directiva 98/59 de cara al reconocimiento de los derechos de información y consulta de los trabajadores en caso de despido colectivo. En otras palabras, cuando la consideración exclusiva de la empresa como unidad de cómputo frente a la posible y alternativa consideración del centro de trabajo a dichos efectos, sea determinante de una privación de garantías en materia de información y consulta de los trabajadores afectados por el despido, se estaría vulnerando el mencionado precepto de la Directiva 98/59, que establece que ante dichas circunstancias, si se utilizase como unidad de referencia el centro de trabajo, los despidos de que se trata deberían calificarse de despido colectivo, pues de lo contrario se estaría eludiendo el sentido finalista de la norma que intenta proteger al trabajador mediante el procedimiento de información y consulta que debe acompañar a este tipo de despidos.

De este modo, afirma la sentencia que “el artículo 1.1, párrafo primero, letra a) de la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que introduce, como única unidad de referencia, la empresa y no el centro de trabajo, (...) Siendo así que, si se utilizase como unidad de referencia el centro de trabajo, los despidos de que se trata deberían calificarse de despido colectivo (...)”.

No obstante, conviene advertir que el escrutinio de las extinciones que se han de tomar en consideración para comprobar el alcance del umbral determinante del despido colectivo no habría de llevarse a cabo tomando como referencia inicial el centro de trabajo, sino en todo caso con carácter subsidiario a la consideración de la empresa como unidad física y básica de referencia. Por tanto, sólo en aquellos casos en los que al considerar la empresa como unidad física de referencia no se alcancen los umbrales numéricos desencadenantes de la consideración de despido colectivo y del inicio del procedimiento de información y consulta, será necesario el escrutinio de las extinciones tomando en consideración el centro de trabajo como unidad de referencia física para comprobar si se alcanza el umbral establecido en la Directiva 98/59.

De lo anteriormente expuesto es posible afirmar que pese a la valoración altamente positiva del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en tanto en cuanto, responde a esa finalidad protectora de los trabajadores afectados por despidos colectivos que persigue la Directiva 98/59, no deja de resultar cierto el hecho de que la consideración del concepto de centro de trabajo que reseña la Directiva difiera, al menos a efectos prácticos en supuestos de despidos colectivos en nuestro país, de la que reseña el artículo 1.5 del Estatuto de los Trabajadores<sup>10</sup>. Sin duda, esta disparidad conceptual entre la normativa nacional y europea reclama una eficaz reformulación del concepto de centro de trabajo en nuestra legislación que responda, de un lado, a los requerimientos de transposición dimanantes de nuestra integración en el marco comunitario, y de otro lado a las necesidades de coherencia delimitadora por parte de nuestro ordenamiento jurídico y seguridad jurídica en este tipo de situaciones extintivas.

Volviendo sobre las cuestiones vinculadas al cálculo del umbral del despido colectivo se plantea ahora la cuestión de si, pese a que la propia Directiva 98/59 excluye de su ámbito de aplicación y protección en materia de despido colectivo a los trabajadores temporales cuyas extinciones contractuales se produzcan por el cumplimiento regular de la causa de temporalidad, ya sea por vencimiento del término pactado en el contrato, o por finalización de la obra o servicio, de

10 De hecho, el marcado carácter local que presenta el concepto de centro de trabajo lo aleja de los nuevos postulados empresariales marcados por la descentralización y fragmentación. En este sentido se pronuncian RODRIGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El concepto de centro de trabajo, la Directiva 98/59 sobre despidos colectivos y el art. 51.1 ET”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2015, núm. 2º, pp. 105-117.

conformidad con el artículo 1, apartado 2, letra a) de la Directiva 98/59, es posible que los trabajadores temporales sean computados a los efectos de determinar los trabajadores “habitualmente” empleados en el centro de trabajo (o en el caso de España, en la empresa) a los efectos de calcular el umbral numérico del despido colectivo regulado en el artículo 1, apartado 1 letra a), inciso i) de la Directiva 98/59<sup>11</sup>.

En este sentido, pese a que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto Rabal Cañas (C-392/13), señala que conforme a las previsiones del artículo 1, apartado 1 de la Directiva 98/59, los contratos de dichos trabajadores que se han extinguido conforme a la llegada de su término resolutorio no deben ser tenidos en cuenta a la hora de determinar la existencia de un “despido colectivo” en el sentido de la Directiva, otra sentencia del mismo tribunal, concretamente la Sentencia del asunto Pujante Rivera de 11 de noviembre de 2015, C-422/14, establece que a efectos del cálculo de los umbrales fijados en la Directiva los trabajadores temporales, o contratados para una obra o servicio determinados, pueden considerarse “habitualmente” empleados en el centro de trabajo de que se trate. De hecho, el apartado 33 de esta última Sentencia afirma que “no cabe concluir de inmediato que las personas con un contrato de trabajo celebrado por una duración o para una tarea determinadas no pueden considerarse trabajadores “habitualmente” empleados en el centro de trabajo de que se trate”.

En definitiva, y a la vista de los pronunciamientos de ambas sentencias es posible concluir que aunque no procede conceder la protección garantizada por la Directiva 98/59 a los trabajadores cuyos contratos se extinguen por la llegada del término resolutorio de forma ordinaria y regular (asunto Rabal Cañas), los trabajadores temporales sí habrán de computar para el cálculo de los umbrales numéricos a la hora de determinar el número de trabajadores que prestan servicios en la empresa o centro de trabajo (asunto Pujante Rivera). En este sentido, conviene tener en cuenta que el razonamiento sobre el que se asienta la decisión de incluir a los trabajadores temporales entre los “habitualmente” empleados en el centro de trabajo o la empresa, no es otro que el de evitar las posibles consecuencias negativas que pudiese tener para el resto de los trabajadores del centro de trabajo o la empresa la exclusión de los mismos en el cómputo, dado que en determinadas ocasiones ello podría suponer que no se alcanzasen los umbrales numéricos requeridos y por ende la inaplicación de la Directiva para el conjunto de los trabajadores de la empresa o centro de trabajo. De hecho, si no

11 Señala dicho precepto que para un periodo de 30 días se entenderá por despidos colectivos los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, cuando el número de despidos producidos sea, según la elección efectuada por los Estados miembros: 1) Al menos igual a 10 en los centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 y menos de 100 trabajadores; 2) Al menos el 10% del número de trabajadores, en los centros de trabajo que empleen habitualmente como mínimo 100 y menos de 300 trabajadores; 3) Al menos igual a 30 en los centros de trabajo que empleen habitualmente 300 trabajadores, como mínimo;

se les tuviera en cuenta, se estaría menoscabando el efecto útil de la Directiva (apartado 35, asunto Pujante Rivera).

Con todo, en nuestro ámbito interno, el criterio consistente en que se deban contabilizar todos los trabajadores al margen de la duración prevista de su contrato de trabajo, sea ésta más corta o más extensa en el tiempo resulta, aún sin ser unánime, comúnmente aceptado por la mayor parte de nuestros órganos jurisdiccionales.

Otra de las cuestiones que ha conseguido clarificar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de septiembre de 2015 (asunto C-422/14) es la de la interpretación que del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores se ha de llevar a cabo al señalar que “para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este apartado, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1 . c), siempre que su número sea al menos de cinco”.

Ciertamente, y pese a la disparidad de redacciones entre el artículo 51 ET, y la misma previsión que a tal efecto establece la Directiva 98/59<sup>12</sup> -al señalar que para acreditar la existencia de un despido colectivo y alcanzar los umbrales requeridos para tal consideración, será posible que se asimilen a los despidos aquellas extinciones del contrato de trabajo producidas a iniciativa del empresario en base a motivos no inherentes a la persona de los trabajador, siempre y cuando los despidos sean al menos cinco-, hasta ahora, la mayor parte de la doctrina en nuestro país consideraba que la expresión del artículo 51 ET “... siempre que su número sea al menos de cinco” podía ir referida a las extinciones por motivos no inherentes al trabajador a instancia del empresario, y que por lo tanto para que opere tal asimilación el número mínimo de extinciones potencialmente “asimilables” debería ser cinco<sup>13</sup>.

Al respecto, la STJUE, Pujante Rivera, viene a contradecir este criterio resolviendo un conflicto interpretativo de nuestro ordenamiento laboral ampliamente discutido. En este sentido, las Conclusiones del Abogado General (Sra. Juliane Kokott), dejan claro que la condición impuesta en referencia ese número mínimo sólo se refiere a los despidos, lo que excluye las extinciones de contratos asimiladas a un despido. Por tanto, para acreditar la existencia de un despido colectivo, la condición según la cual es preciso que los despidos sean

12 El segundo párrafo del apartado b) del artículo uno, apartado uno de la Directiva 98/59.

13 Entre otras, SSTS de 25 noviembre de 2013 (recurso 52/2013) 3 de julio de 2012 (recurso 1657/2011), 8 de julio de 2012 (recurso 2341/2011).

al menos cinco, debe ser interpretada en el sentido de que se refiere, no a las extinciones de contrato de trabajo asimiladas con despido, sino exclusivamente a los despidos en sentido estricto.

Finalmente, a través de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de septiembre de 2015 (asunto C-422/14), se plantea si las extinciones del contrato de trabajo producidas por iniciativa de empresario en base a motivos no inherentes a la persona del trabajador, pueden también estar integradas aquellas extinciones contractuales que hayan sido pactadas con el empresario, incluso a iniciativa del trabajador, siempre y cuando dicho pacto provenga de la previa modificación sustancial de condiciones de trabajo por motivos no inherentes a la persona del trabajador. Dicha integración, conllevaría, a nivel interno, indudables efectos para las empresas, especialmente, a la hora de establecer el cómputo de las extinciones que se hayan llevado a cabo (en los 90 días anteriores a la adopción de la decisión extintiva) determinantes de si se ha de proceder o no al despido colectivo.

Lo que en definitiva se significa a través de la sentencia es que no sólo se han de tener en cuenta las extinciones contractuales “directas” sino también aquellas otras que, pese a ser adoptadas por iniciativa del trabajador, son consecuencia de una primigenia decisión empresarial perjudicial para los intereses del empleado.

En el ordenamiento jurídico laboral español dichas extinciones indirectas podrían estar relacionadas con los presupuestos que reseñan los artículos 40, 41 y 50 del Estatuto de los Trabajadores, es decir, decisiones empresariales lesivas para el trabajador en materia de movilidad geográfica (traslados), modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, y las justas causas que reseña el artículo 50.1 ET para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato, respectivamente. Y ello porque, aunque en el caso enjuiciado únicamente se plantea el supuesto de que la reducción de la remuneración fija de la trabajadora en cuestión fue impuesta unilateralmente por el empresario, por razones económicas y de producción, y, al no ser aceptada por la persona afectada, ello dio lugar a la rescisión del contrato de trabajo, no puede excluirse apriorísticamente que otras razones lesivas para los trabajadores impuestas por una decisión empresarial (como las previstas en los artículos 40, 41 y 50 ET) puedan ser determinantes de la extinción de su contrato por decisión voluntaria del trabajador, dado que esa decisión voluntaria es dimanante de un perjuicio sufrido con carácter previo y ajeno su voluntad.



### III. EL DESPIDO DISCIPLINARIO.

#### I. El recurso a la modalidad disciplinaria del despido para encubrir despidos económicos y la desaparición del despido “exprés”.

Una de las cuestiones ineludibles es la referente a que cada despido deba tramitarse a través de la modalidad extintiva que legalmente le corresponda en atención a las circunstancias determinantes de la decisión empresarial. En efecto, en nuestro país, y muy especialmente con anterioridad a la reforma de 2012, resultaba frecuente la utilización en la práctica de extinciones de trabajadores que formalmente se presentaban como despidos disciplinarios, cuando en realidad no respondían a motivos de dicha índole.

En este sentido, la conocida como huida hacia el despido disciplinario o la falsa discipliniedad del despido, consistía en la utilización de esta modalidad disciplinaria del despido para encubrir despidos económicos. El ejemplo paradigmático de dicha utilización desviada de las motivaciones justificantes del despido se concreta en el que, hasta su supresión por parte de la reforma de 2012, era conocido como despido “exprés”.

Hasta la llegada de la Ley 3/2012 (y con anterioridad el Real Decreto-ley 3/2012), resultaba frecuente que las empresas hiciesen uso de esta modalidad de despido que permitía, mediante el depósito de la indemnización correspondiente al despido improcedente en las 48 horas siguientes a la declaración del despido, y con anterioridad a la realización de la conciliación en sede judicial, evitar que se devengasen salarios de tramitación<sup>14</sup>.

Las motivaciones que explican este uso desviado de la institución jurídica extintiva del despido disciplinario son de diversa índole. De un lado, se encuentran las que se relacionan con la seguridad jurídica que comportaba un conocimiento previo y fidedigno para el empresario tanto del valor indemnizatorio que comportaba el despido en cuestión, como del tiempo que supondría la tramitación del procedimiento de despido. De otro lado, las que se relacionan con el ahorro de los costes imponderables de dichos despidos, o lo que es lo mismo, la relacionadas con la eliminación o minoración considerable de los salarios de tramitación, cuya mayor o menor cuantía dependía en gran medida de la mayor o menor celeridad en la tramitación del procedimiento por parte del órgano jurisdiccional competente.

Ese reconocimiento previo por parte del empresario de la improcedencia del despido era seguramente el responsable de la laxitud empresarial en cuanto a la

---

14 Artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores en la redacción anterior a la Ley 3/2012.

verdadera determinación causal de una extinción necesaria en la empresa, con independencia de las causas reales motivadoras de la misma.

Con todo, el panorama actual es ciertamente diverso, principalmente, a causa de la supresión de dicha posibilidad de reconocimiento previo por parte del empresario de la improcedencia del despido por parte de la reforma de 2012 a través de la actual redacción del artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores, así como la supresión de los salarios de tramitación salvo en supuestos muy concretos<sup>15</sup>.

## 2. La notable limitación de los salarios de tramitación.

La supresión de los salarios de tramitación se justifica en el preámbulo de la Ley 3/2012 al señalar que “en el caso de los despidos improcedentes en los que el empresario opte por la indemnización, el no abono de los salarios de tramitación se justifica en que el tiempo de duración del proceso judicial no parece un criterio adecuado para compensar el perjuicio que supone la pérdida del empleo, pudiendo, además, el trabajador acceder a la prestación de desempleo desde el mismo momento en que tiene efectividad la decisión extintiva. Por lo demás, los salarios de tramitación actúan en ocasiones como un incentivo para estrategias procesales dilatorias, con el añadido de que los mismos acaban convirtiéndose en un coste parcialmente socializado, dada la previsión de que el empresario podrá reclamar al Estado la parte de dichos salarios que exceda de 60 días”<sup>16</sup>.

Con todo, y al margen de que se comparta o no la declaración de constitucionalidad que sobre dicho criterio ha confirmado la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2015, al señalar que se trata de una justificación que no puede tacharse de arbitraria o irrazonable, lo cierto es que la eliminación de los salarios de tramitación ha tenido, indudablemente, un efecto corrector sobre ese uso desviado de la modalidad de despido disciplinario al obligar a la parte empresarial a realizar mayores esfuerzos a la hora de certificar las causas reales que motiva los despidos.

Sin embargo, no deja de ser cierto que esta última afirmación no puede ser interpretada en términos absolutos, sobre todo porque como señala GARCÍA PERROTE la tentación de utilizar una modalidad extintiva que legalmente no corresponde aumenta cuando resulta más sencilla y segura para las empresas,

15 Concretamente para el supuesto de despido nulo, así como en los de despido improcedente, únicamente si empresario opta por la readmisión o si la improcedencia del despido afecta a un representante unitario o sindical de los trabajadores.

16 En la actualidad la posibilidad para reclamar al Estado los salarios de tramitación requiere de la superación de un plazo de 90 días.

incluso aunque en determinados casos pueda comportar un mayor coste económico<sup>17</sup>.

Entre las distintas propuestas para paliar este uso inadecuado de la modalidad de despido disciplinario podrían plantearse un abanico de medidas de actuación de distinta índole desde las sancionadoras hasta la resarcitorias en función de la inexistencia de causa o de su falta de acreditación, con la pretensión en todo caso de encarecer su utilización y al tiempo desincentivar su uso inadecuado.

#### **IV. EL SISTEMA INDEMNIZATORIO ESPAÑOL Y EL DEBATE SOBRE LA CONVENIENCIA DE UN FONDO DE CAPITALIZACIÓN PARA LOS TRABAJADORES.**

En lo relativo al actual sistema de indemnizaciones por despido, otra de las propuestas que quizás sería conveniente someter a debate es la recuperación de una idea que en su día ya apuntaba la disposición adicional 10ª de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, sobre la posible constitución de un fondo de capitalización para los trabajadores que permitiese a estos acceder a las cantidades acumuladas en dicho fondo a su favor con motivo de su despido, supuestos de movilidad geográfica, la realización de actividades formativas o su paso a la jubilación.

Esta idea proveniente de la experiencia austríaca se basa en la aportación de un porcentaje del salario del trabajador para que, llegado el momento y bajo los requisitos que determinan el acceso a las cantidades acumuladas en el fondo, éste pueda hacer frente a las eventuales necesidades económicas generadas por las causas laborales que determinan y permiten la capitalización del fondo. Por su parte, el empresario vería reducida la cantidad a abonar al trabajador en la indemnización por despido en un número de días por año de servicio equivalente al que en su momento se determinase para la constitución del fondo.

La implementación de esta iniciativa prevista inicialmente para enero de 2012 fue nuevamente redactada y aplazada hasta 2013 por parte del Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad del empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo<sup>18</sup>, siendo posteriormente derogada por parte de la disposición derogatoria única 1c) de la Ley 3/2012.

17 En este sentido, GARCÍA PERROTE, I.: "El despido: puntos para el debate", Editorial, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2016, núm. 3º, pp.273-284.

18 Artículo 3 del Real Decreto -ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad del empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo, BOE, número 208, de 30 de agosto de 2011.

No obstante, pese a que en su momento la desfavorable coyuntura para la economía y el empleo hicieron inviable la constitución de un fondo individual de capitalización mantenido a lo largo de toda la vida laboral del trabajador, todo parece apuntar a que se trata de una idea nada desdeñable por lo que resultaría conveniente un replanteamiento de la misma.

Lo que todavía queda por dilucidar, habida cuenta de la inexistencia de un desarrollo legal y reglamentario *ad hoc* y de la consabida necesidad de llevar a cabo un proceso de negociación con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas sobre este tipo de propuesta, es si el diseño auspiciado por el modelo austriaco tendría un efectivo encaje en el actual sistema indemnizatorio español.

En el país austriaco el carácter creciente de la aportación a cargo del trabajador, durante toda su vida laboral, comporta que los empleadores puedan despedir con mayor libertad, pudiendo incluso llegar a despedir sin coste. En concreto los empleadores deben aportar mensualmente el 1,53% del salario bruto mensual del trabajador desde el segundo mes de antigüedad de éste en la empresa, y mientras que el Estado garantiza la totalidad de las aportaciones netas del empleado, un gestor económico externo (el Fondo en cuestión o Caja de Prevención Laboral) desarrolla operaciones financieras a fin de obtener rendimientos del capital para incrementar el valor fondo. En Austria, la determinación de cuál de los nueve fondos autorizados administrativamente será el encargado de llevar a cabo este tipo de funciones se suele acordar entre la empresa y los trabajadores<sup>19</sup>.

Entre las distintas opciones del trabajador austriaco sobre el capital acumulado<sup>20</sup> en el fondo y junto a su posible liquidación<sup>21</sup> se encuentra la de trasladar el capital a otro fondo de carácter análogo en el que un nuevo empresario realice las aportaciones de los trabajadores de su empresa.

De lo anteriormente expuesto, y a tenor de lo que prevé el modelo austriaco, la ventaja para el trabajador redunda esencialmente en la posibilidad de decidir llevar a cabo, y de forma voluntaria, un cambio de puesto de trabajo y/o empresa sin temor a que desaparezca el derecho a la indemnización que podría percibir

19 DE LA TORRE, C., Y GUARDIOLA F.: "El modelo Austriaco: Fondo de indemnizaciones por despido ("Abfertigung"). ¿Un modelo exportable para España?", *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2016, núm. 3°, pp. 293-295.

20 El trabajador bajo ciertas condiciones y requisitos puede optar por su liquidación, o bien no hacerlo siguiendo éste generando rentabilidad; transformar el capital en aportaciones a un plan de pensiones, o bien que sirva este de complemento a la pensión de jubilación. Junto al anterior existe la opción de trasladar el importe acumulado del fondo a otro de carácter análogo en el que el nuevo empleador del trabajador lleve a cabo las aportaciones de su plantilla.

21 Bajo el requisito de haber llevado a cabo aportaciones a lo largo de tres años desde el inicio de la relación laboral y que la misma no se haya extinguido por dimisión del trabajador. En este último caso el trabajador si podría liquidar el capital acumulado si transcurridos cinco años no hubiese encontrado nueva ocupación. El cobro directo cuenta con un gravamen fiscal del 6%.

en el caso de que su despido fuese declarado improcedente. En otras palabras, el trabajador “se lleva consigo” lo acumulado en su fondo de capitalización en lugar de tener que acumular *ab initio* nuevas aportaciones que satisfagan su futura indemnización. Por su parte, para el empresario se eliminan las desventajas de tener que hacer frente a la totalidad de la indemnización de un trabajador a la finalización de la relación laboral, lo que en términos económicos, y en función de la antigüedad del empleado, puede suponer un repentino e importante coste para la caja de la empresa<sup>22</sup>, especialmente, en periodos de crisis económica en los que las empresas cuentan con menos recursos.

Sin embargo, y pese a las antedichas ventajas de la implantación de un fondo de capitalización para los trabajadores en otras realidades internacionales como la austríaca, lo cierto es que resulta inevitable cuestionar si las notables diferencias del sistema extintivo de relaciones laborales en nuestro ordenamiento harían viable el establecimiento de un sistema similar o al menos análogo.

De entrada, conviene recordar que el modelo inicial que auguraba la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, pretendía reducir las indemnizaciones del empresario en un número de días por año de servicio equivalente al que se determinase para la constitución del fondo. Por tanto, lo inicialmente previsto por la disposición adicional 10ª de la Ley 35/2010 no responde en puridad a la fórmula austríaca, donde la cantidad resultante de la capitalización viene a sustituir por completo la indemnización del trabajador. En el caso de Ley 35/2010 lo que se pretendía más bien era contribuir a la reducción de los “costos directos e inmediatos soportados por las empresas en el momento de la reestructuración empresarial”<sup>23</sup>.

Otro rasgo diferenciador consiste en que conforme al modelo austriaco la íntegra sustitución de la indemnización por la cantidad capitalizada obligó a disminuir las cuantías indemnizatorias en dicho Estado para hacer efectiva y viable la implementación del nuevo sistema<sup>24</sup>. En cambio, según lo que pronosticaba el modelo español el hecho de que las indemnizaciones del empresario se viesen reducidas en un número de días por año de servicio equivalente al que se determinase para la constitución del fondo podría llevar a pensar que los actuales topes indemnizatorios tendrían una vocación de permanencia al inicio del nuevo sistema y que en el peor de los casos una vez alcanzado el tope de las indemnizaciones que correspondiesen al trabajador, el empresario quedaría eximido de pagar indemnización alguna, facultándosele al tiempo a dejar de aportar cantidades adicionales al fondo del trabajador.

22 En este sentido, GARCÍA PERROTE, I.: “El despido”, cit., p. 283.

23 GOERLICH PESET, J.M.: “La reforma de la extinción del contrato de trabajo”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2010, núm. 107º, pp. 265-302.

24 HOFER, H.: “La reforma de la Ley sobre indemnización por despido en Austria”, *Relaciones Laborales*, 2010, núm. 1º, pp. 1433-1448.

Asimismo, habría que determinar quién es el garante de las cantidades netas a las que ha de tener derecho el trabajador una vez alcanzadas las situaciones resolutorias que darían acceso a las cantidades del fondo. En este sentido, parece que lo lógico es que la Administración del Estado sea la que garantice dichas cantidades netas encomendándose la gestión de las mismas al Fondo de Garantía Salarial (en adelante FOGASA) en una suerte de solución a la que en su día y, transitoriamente, se llevase a cabo a través de la disposición transitoria tercera de la Ley 35/2010<sup>25</sup> cuando preveía “el abono de parte de la indemnización por el Fondo de Garantía Salarial en los nuevos contratos indefinidos”.

Al respecto, algunas voces doctrinales se han manifestado partidarias de un modelo de fondo de capitalización español en esa misma línea de copago a la que se acaba de hacer referencia, en la que a través de un fondo público de cobertura de la indemnización por despido (como apuntaba a la disposición transitoria 3ª la Ley 35/2010), el FOGASA financiaba 8 días de la extinción para los nuevos contratos indefinidos. Y ello en la lógica de que frente al modelo austriaco el hecho de no tener que asumir el total de las indemnizaciones por despido supondría evitar un “sobrecoste fijo mensual elevado para las empresas”<sup>26</sup>.

No obstante lo anterior, conviene no perder de vista el hecho de las empresas trasladarían al Fondo de Garantía Salarial parte de su responsabilidad indemnizatoria, lo que sin duda supone una “socialización del coste del despido”<sup>27</sup>. De esta manera, y al igual que los fondos austriacos que operan en el mercado bursátil, el FOGASA asumiría un papel de entidad aseguradora de las indemnizaciones por despido del trabajador dado que a diferencia de las empresas, los fondos se encuentran protegidos frente a posibles situaciones de insolvencia.

Tampoco se ha de pasar por alto la cuestión relativa a cómo podrían satisfacerse las necesidades económicas del Estado para poder hacer frente a la capitalización de los días que las empresas dejarían de indemnizar, sobre todo, habida cuenta de que la propuesta inicial de la Ley 35/2010 contemplaba que la creación del fondo se llevaría a cabo sin el incremento de las cotizaciones empresariales. En este sentido, todo apunta a que sería necesaria una reordenación de costes en las cotizaciones sociales, por ejemplo, mediante una minoración de las cotizaciones por desempleo y formación profesional<sup>28</sup>.

25 La disposición transitoria tercera de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, preveía para los supuestos de extinción de contratos indefinidos celebrados a partir del 18 de junio de 2010, ordinarios o de fomento de la contratación indefinida, por despido objetivo o colectivo o por las causas del artículo 64 de la Ley Concursal, el resarcimiento por el FOGASA de una parte de la indemnización equivalente a 8 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores al año.

26 DE LA TORRE, C., Y GUARDIOLA F.: “El modelo Austriaco”, cit., p. 294.

27 GOERLICH PESET, J.M.: “La reforma”, cit., p. 292.

28 En este sentido, GOERLICH PESET, J.M.: “La reforma”, cit., p. 292. y DE LA TORRE, C., Y GUARDIOLA F.: “El modelo Austriaco”, cit., p. 294.

Asimismo, sería necesario determinar la conveniencia de una gestión directa o indirecta, pública y/o privada de aquellas entidades encargadas de invertir las contribuciones en los mercados de capital, de forma que se genere una rentabilidad adicional a dichas aportaciones y también asegurar en qué márgenes se establecerían límites al riesgo de tales operaciones financieras.

No obstante lo anterior, y pese a los numerosos cuestionamientos que podrían hacerse en relación con la implantación de este tipo de sistema de capitalización, que -conviene no pasarlo por alto- se articula a través de una suerte de dotación anticipada y periódica de la indemnización por despido, lo cierto es que todo parece augurar que la eliminación de costes para el empresario a la hora de llevar a cabo ajustes en las plantillas de las empresas comportaría un indudable efecto que podría revertir la constante tendencia a la contratación temporal en nuestro país, o al menos contribuir a ello.

Que se reduzca la temporalidad y que aumente el porcentaje de las contrataciones indefinidas en nuestro país tendría un indudable efecto positivo pero no se debe olvidar que esa “mochila” de aportaciones mensuales se articula a modo de salario diferido y a cargo del trabajador. Queda por dilucidar por tanto si el porcentaje de salario bruto mensual que integraría dichas aportaciones al fondo debería ser descontado de la nómina actual del trabajador al momento del inicio del sistema, o si por el contrario y quizá, mediante la negociación colectiva, deberían establecerse cláusulas de aumento salarial o pluses (como los que se suele establecer para los planes de pensiones) a fin de sufragar dichas cantidades.

Por otro lado, y como ya se puso de manifiesto con anterioridad, la arraigada tendencia empresarial de nuestro país a utilizar el despido como herramienta habitual de gestión de personal podría llevar al efecto contrario, es decir, que ante la posibilidad de que los despidos supusiesen exiguos o nulos costes dicha anómala tendencia se viese incrementada exponencialmente.

Al respecto, y a fin de paliar el problema algunas voces doctrinales abogan por el establecimiento de un sistema *bonus/malus* donde se penalice o incremente las cotizaciones de aquellas empresas que despidan de forma desproporcionada bonificando las de aquellas otras que contribuyesen a la estabilidad en el empleo, al menos durante un tiempo determinado<sup>29</sup>.

---

29 DE LA TORRE, C., Y GUARDIOLA F.: “El modelo Austriaco”, cit., p. 294.

## V. BIBLIOGRAFÍA.

DE LA TORRE, C., Y GUARDIOLA F.: “El modelo Austriaco: Fondo de indemnizaciones por despido (“Abfertigung”). ¿Un modelo exportable para España?”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2016, núm. 3º, pp. 293-295.

DESDENTADO BONETE, A.: “Problemas procesales del despido colectivo en la doctrina del Tribunal Supremo”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, 2014, núm 169º, 55-82.

GARCÍA PERROTE, I.: “El despido: puntos para el debate”, Editorial, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2016, núm. 3º, pp.273-284.

GOERLICH PESET, J.M.: “La reforma de la extinción del contrato de trabajo”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2010, núm. 107º, pp. 265-302.

GÓMEZ SÁNCHEZ, V.: “El legado de la Reforma de 2012”, en AA.VV.: *Reformas Laborales en la gran recesión*, (coord. por S. M. RUESGA BENITO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 83-112.

HOFER, H.: “La reforma de la Ley sobre indemnización por despido en Austria”, *Relaciones Laborales*, 2010, núm. 1º, pp. 1433-1448.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El concepto de centro de trabajo, la Directiva 98/59 sobre despidos colectivos y el art. 51.1 ET”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2015, núm. 2º pp. 105-117.

SALA FRANCO, T.: “Puntos críticos para un debate sobre la reforma laboral de 2012”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2013, núm. 10, pp. 31-44.







# CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO



LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH SOBRE LA LIBERTAD DE  
EXPRESIÓN DE LOS JUECES

*THE ECHR CASE-LAW ON THE FREEDOM OF EXPRESSION OF  
JUDGES*

*Rev. Boliv. de Derecho* N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 524-535



Jorge Antonio  
CLIMENT  
GALLART

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 1 de junio de 2017

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de junio de 2017

**RESUMEN:** A lo largo del presente artículo analizamos la jurisprudencia del TEDH sobre la libertad de expresión de los jueces. Hacemos especial referencia a las restricciones sobre la misma, en particular, a aquellas que se derivan del deber de imparcialidad al que están sometidos los magistrados.

**PALABRAS CLAVE:** Libertad de expresión, juez, imparcialidad, neutralidad.

**ABSTRACT:** Throughout the present paper we analyze the case-law of the ECHR on the freedom of expression of judges. We refer specially to the restrictions on it, in particular, to those that derive from the duty of impartiality to which the magistrates are subject.

**KEY WORDS:** Freedom of expression, judge, impartiality, neutrality.

**SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA APARIENCIA DE IMPARCIALIDAD COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.- III. LAS CRÍTICAS JURÍDICO-TÉCNICAS VERTIDAS POR LOS JUECES.- IV. EL HONOR DE LOS DEMÁS MAGISTRADOS COMO LÍMITE A SU LIBERTAD DE EXPRESIÓN.- V. LA IMPOSIBILIDAD DE QUE LOS MAGISTRADOS CONTESTEN A LAS CRÍTICAS A TRAVÉS DE LOS MEDIOS.- VI. CONCLUSIONES.**

---

## I. INTRODUCCIÓN

Uno de los conflictos a los que ha tenido que hacer frente el TEDH en diversas ocasiones es el relativo al ejercicio del derecho a la libertad de expresión por parte de los jueces, cuando con la misma se ha vulnerado el deber de imparcialidad judicial, la obligación de neutralidad política o la reputación de otros magistrados, y, por extensión, del Poder Judicial como tal.

Para comprender mejor el fondo del conflicto, debemos partir de la siguiente premisa: el Poder Judicial es aquel sobre el que recae el deber de resolver los litigios fundamentalmente entre particulares aplicando las leyes aprobadas por el Poder Legislativo. Ese es su rol, no menor, dentro del organigrama del Estado. En abstracto, sus funciones están claras y perfectamente delimitadas, no debiendo ir más allá. Este es el resultado de la teoría de la división de poderes que ya explicaba Montesquieu en “El espíritu de las leyes”. Conforme este autor, cada una de las tres funciones del Estado debía ser desempeñada por un órgano distinto. Así, de manera muy simplificada (con los riesgos que ello supone) legislar le correspondía al Poder Legislativo (el Parlamento), ejecutar las anteriores leyes le correspondería al Poder Ejecutivo (el Gobierno) y juzgar conforme a las mismas, al Poder Judicial (los jueces y magistrados). La idea que subyacía no era otra que evitar una acumulación del poder en alguno de los órganos del Estado en detrimento de los demás. Ello se explica porque nos encontrábamos en una etapa transicional entre lo que había sido el Antiguo Régimen, caracterizado, entre otras cosas, por una acumulación del poder en manos del Rey (de ahí el concepto de monarquías absolutas), y el Régimen Liberal, consecuencia de las Revoluciones Americana y Francesa, que se

### • Jorge Antonio Climent Gallart

Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho Internacional Público. Abogado. Su labor investigadora se ha centrado fundamentalmente en el área de los Derechos Humanos y, en particular, los conocidos como derechos y libertades de primera generación, tema este sobre el que ha publicado diversos trabajos. Responsable de la Sección de Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Instituto de Derecho Iberoamericano. Correo electrónico: jorge.climent@uv.es

basaba precisamente en esa división de poderes y que ha resultado la simiente de nuestra actual configuración del Estado.

A su vez, se pretendía que los dos órganos sobre los que recae el poder político propiamente dicho, Gobierno y Parlamento, se controlasen y contrapesasen entre ellos en virtud de lo que conocemos en la doctrina anglosajona como *checks and balances*. El Poder Judicial, por su naturaleza y funciones, debía ser independiente de los otros dos. De hecho, Montesquieu definía al juez como la boca que pronuncia las palabras de la ley. Por tanto, solo el Derecho se convertía en su guía y a su vez en su límite a la hora de hacer justicia. Es decir, los magistrados debían estar sometidos única y exclusivamente al imperio de la ley.

Lo anterior es fundamental para comprender la jurisprudencia del TEDH sobre la libertad de expresión de los magistrados, pues del mismo modo que dicho derecho va a estar sometido a mayores restricciones, si cabe, que para el resto de funcionarios, también lo es que la Corte Europea se va a mostrar especialmente beligerante ante las sanciones arbitrarias aplicadas a los jueces por parte del poder político, por haber hecho uso de su derecho a la libertad de expresión, pues ello contraviene la imprescindible división de poderes de toda sociedad democrática. No obstante, que este es un tema controvertido se deduce de la multitud de votos disidentes que acumulan sus sentencias.

## II. LA APARIENCIA DE IMPARCIALIDAD COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Uno de los límites a la libertad de expresión que de manera genérica más ha sido utilizado por los Estados, es el del respeto a la apariencia de imparcialidad de la Administración de Justicia. Su razón de ser se encuentra en la necesidad de que la ciudadanía confíe en los miembros del Poder Judicial. Al fin y al cabo, estos son los encargados de aplicar las normas aprobadas por las Cámaras legislativas, suponiendo estas, a su vez, la representación de la voluntad popular expresada en las urnas. En consecuencia, no solo la imparcialidad, sino también la apariencia de imparcialidad debe presidir, en todo momento, el proceder de los magistrados. De lo contrario, si no gozásemos de una judicatura imparcial que en su actuar únicamente esté sometida al imperio de la ley, no solo quedaría en entredicho el derecho fundamental del justiciable a obtener un juicio justo (art. 6 CEDH) sino que, además, quedaría deslegitimado el Poder Judicial en sí mismo considerado. Pensemos que la autoridad judicial descansa sobre la presunción de una judicatura imparcial. El mero cuestionamiento de dicha imparcialidad puede poner en riesgo la confianza del pueblo en sus jueces, debilitándose con ello la autoridad judicial misma. Recordemos que la justicia emana del pueblo y se administra en su nombre. Si se produce una quiebra de la confianza en la judicatura, ello podría derivar en una indeseable vuelta de la ciudadanía a métodos menos civilizados de

resolución de conflictos, quedando deslegitimado desde ese mismo momento el Poder Judicial, convirtiéndose así los jueces en totalmente prescindibles.

A este respecto, merece citarse la decisión de inadmisibilidad del TEDH, de 8 de febrero de 2001, caso Pitkevich contra Rusia. En este supuesto nos encontramos ante una magistrada que había aprovechado su cargo para llevar a cabo acciones de publicidad y proselitismo en favor de la secta a la que pertenecía. Tal es así, que, por ejemplo, al inicio de las vistas rezaba públicamente siguiendo sus ritos. También se dedicaba a reclutar para su Iglesia a diferentes funcionarios judiciales. Incluso llegó a prometer a algunos justiciables un resultado judicial favorable si se unían a su congregación. Ante la gravedad de sus actuaciones, se incoó un procedimiento sancionador que terminó finalmente con la expulsión. La jueza, tras agotar la vía interna, decidió acudir al TEDH, el cual, finalmente inadmitió la demanda. Así, la Corte Europea considera que en ningún momento se la sancionó por profesar sus creencias, sino porque en su proceder se aprovechó de su condición de magistrada para llevar a cabo acciones de publicidad y proselitismo religioso. Para el TEDH, estas actuaciones minan el deber de apariencia de imparcialidad, lesionan el prestigio de la institución y ponen en cuestión la autoridad judicial.

### III. LAS CRÍTICAS JURÍDICO-TÉCNICAS VERTIDAS POR LOS JUECES

Derivado precisamente del anterior límite, otro supuesto en el que el TEDH se ha tenido que pronunciar en diversas ocasiones es el relativo a las críticas de carácter técnico que, como juristas, expresan los magistrados en relación a las leyes existentes o a las reformas propuestas. En ambos casos, los Estados sancionadores se han justificado manifestando que los jueces habían vulnerado su deber de neutralidad política (y, por extensión, de imparcialidad). No obstante, el TEDH suele amparar la libertad de expresión de los jueces, bien porque sus manifestaciones se llevan a cabo en un foro universitario, bien porque entre sus competencias se encuentra la de realizar manifestaciones sobre las propuestas legislativas efectuadas. Para el TEDH, el hecho de que una crítica de carácter técnico coincida con la postura de un concreto grupo político respecto de una determinada ley no supone la manifestación pública de un posicionamiento político. Al fin y al cabo, los magistrados, como aplicadores diarios del Derecho, se encuentran en una posición privilegiada para poder emitir valoraciones técnicas calificadas sobre el mismo.

Dos son las sentencias referenciales en este tema: la STEDH de 28 de octubre de 1999, caso Wille contra Liechtenstein (TEDH 1999\49), y la reciente STEDH de 23 de junio de 2016, caso Baka contra Hungría (JUR 2016\190367).

Respecto de los antecedentes de hecho de la primera, merece destacarse que el demandante, a la sazón presidente del Tribunal administrativo de Liechtenstein,



llevó a cabo una ponencia, en unas conferencias universitarias sobre la competencia del Tribunal Constitucional en relación a los conflictos entre diferentes órganos del Estado, lo cual incluía también al Príncipe (Jefe del Estado de este país centroeuropeo). Esta opinión aparentemente entraba en conflicto con el principio según el cual el Príncipe goza de inmunidad de jurisdicción respecto a los tribunales de Liechtenstein. Estas manifestaciones fueron interpretadas por parte del Jefe del Estado como un desaire hacia su persona, y como respuesta le comunicó al magistrado que se iba a negar a aceptar la renovación en su cargo como presidente del Tribunal administrativo, a pesar de que los órganos competentes se lo solicitaran. Y de hecho, cuando llegó el momento, así lo hizo. En este caso, el TEDH estimó que sí que hubo vulneración del derecho a la libertad de expresión del juez. Literalmente indica: "El Tribunal admite que la conferencia dada por el demandante tenía forzosamente implicaciones políticas, desde el momento en que trataba sobre ciertos puntos de derecho constitucional, y más particularmente sobre el hecho de si uno de los soberanos del Estado estaba sometido a la competencia del Tribunal Constitucional. Considera que, por su propia naturaleza, las cuestiones de derecho constitucional tienen implicaciones semejantes. Sin embargo considera, que este hecho por sí solo no podía legítimamente impedir que el demandante formulara comentarios sobre el tema". En otras palabras, toda manifestación sobre una cuestión técnico-jurídica de carácter constitucional tiene, en sí misma, implicaciones políticas, pero de ello no se puede deducir, y menos si se realiza en sede universitaria, que el magistrado haya quebrantado su deber de neutralidad política. En consecuencia, la medida llevada a cabo por el Príncipe está más cerca de la purga de aquel que plantea una opinión contraria a sus intereses personales que de la protección de la imparcialidad judicial.

En el reciente caso *Baka* contra Hungría, la Gran Sala del TEDH confirmó el fallo dictado por su Sección Segunda. El demandante era, en el momento de los hechos, Presidente del Consejo Nacional de Justicia y Presidente del Tribunal Supremo húngaros. Entre sus funciones se encontraba la de expresar su opinión sobre los proyectos legislativos que afectaran a la judicatura, y así lo hizo. En particular, se pronunció sobre las reformas normativas referidas a: la anulación de sentencias ya dictadas; la edad de jubilación de los jueces; el procedimiento penal, y la organización y administración de los tribunales. Como se puede comprobar, todos eran temas que afectaban a la judicatura. El hecho de llevar a cabo diferentes críticas a las reformas normativas provocó que aquellos miembros de los grupos parlamentarios que promovieron dichas modificaciones se mostraran especialmente beligerantes con él, acusándole incluso de pretender quebrar la división de poderes y de haber vulnerado el principio de neutralidad política que debe presidir toda actuación llevada a cabo por un juez. Dicho malestar se canalizó finalmente mediante una reforma normativa que comportó poner fin ex lege a su mandato como Presidente del Tribunal Supremo. Consecuentemente,

el magistrado fue relevado de su cargo, tres años y medio antes de que llegara la fecha de expiración. Dicho en otras palabras, fue objeto de una purga. El TEDH entendió que, efectivamente, sí que se le había vulnerado su derecho a la libertad de expresión. Así pues, dado su cargo, el demandante no solo tenía el derecho sino también el deber de manifestarse sobre las reformas normativas promovidas por el legislador, siendo además que sus declaraciones no iban más allá de la mera crítica desde una perspectiva estrictamente profesional. Además de lesionar el derecho a la libertad de expresión del magistrado, el TEDH entiende que su cese también vulnera el principio de inamovilidad de los jueces y, por extensión, la independencia del Poder Judicial. Es decir, que con su relevo se estaba atacando la división de poderes característica del Estado democrático liberal. Termina manifestando que dicha destitución puede producir también un indeseable efecto disuasorio en los demás jueces, respecto a su intervención en aquellos debates públicos sobre reformas legislativas que puedan afectar al Poder Judicial.

#### **IV. EL HONOR DE LOS DEMÁS MAGISTRADOS COMO LÍMITE A SU LIBERTAD DE EXPRESIÓN**

Las críticas efectuadas por un magistrado a otro u otros compañeros es uno de los supuestos en los que el TEDH ha mantenido una jurisprudencia más vacilante, no pudiendo sacar unas conclusiones generales. Como a continuación veremos, dos son las tesis que se sostienen: aquella que entiende que la sociedad tiene derecho a conocer el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, y aquella que aprecia como un valor predominante la confianza del pueblo en sus jueces, pues sobre las misma se asienta su autoridad, y, en consecuencia, entiende que el deber de reserva de los magistrados les obliga a ser especialmente prudentes a la hora de realizar críticas a sus compañeros.

Respecto de la primera tesis, cabe traer a colación la STEDH de 26 de febrero de 2009, caso Kudeshkina contra Rusia (JUR 2009\86101). En dicho asunto, la magistrada que ejercía su profesión en Moscú, denunció públicamente ante diferentes medios que durante una investigación penal había recibido presiones por parte del Presidente del Tribunal de la Ciudad de Moscú. También sugirió que este no era el único caso en el que los tribunales rusos habían sido utilizados como un instrumento de manipulación comercial, política o personal. Como consecuencia de dichas declaraciones, y justificándose en que las mismas minaban la confianza del público en la Administración de Justicia y, por tanto, socavaban la autoridad judicial, la magistrada fue cesada. El TEDH estimó que la libertad de expresión de la jueza no recibió el amparo debido por las autoridades rusas. Así, considera que el tema sobre el que se había pronunciado, la presión sobre la judicatura del poder económico y político, era de una enorme trascendencia pública, siendo que la ciudadanía tenía derecho a ser informada al respecto. Además, tiene en

cuenta la gravedad de la sanción, pues el despido puede tener un perverso efecto disuasorio sobre otros jueces que en el futuro quisieran denunciar públicamente las irregularidades de la Administración de Justicia.

Respecto de la segunda tesis, cabe citar la STEDH de 9 de julio de 2013, caso *Di Giovanni contra Italia* (JUR 2013\250366). En este asunto, nos encontramos ante una investigación penal incoada contra un miembro de la junta evaluadora en un proceso de selección de jueces y fiscales, por haber, supuestamente, falsificado los resultados del concurso en favor de un determinado candidato. Dado el eco mediático que alcanzó la anterior noticia, la demandante, a la sazón magistrada en Nápoles, hizo unas declaraciones en un periódico acusando implícitamente a otro juez napolitano de haber sido el inductor de toda la trama, con el objetivo de que un familiar suyo aprobase. Aun cuando no indicaba el nombre, sí que daba otros datos, con los que fácilmente la prensa dedujo quién era ese supuesto magistrado incitador. Cabe destacar que dicha manifestación se enmarcaba en un discurso crítico con la instrumentalización del asociacionismo dentro de la carrera judicial como medio de preservación del poder. Tras ello, se incoó expediente disciplinario contra la demandante, por haber vulnerado su deber de discreción y reserva, siendo que terminó finalmente con una simple advertencia, la menor de las sanciones. El TEDH entendió que no se había vulnerado el derecho a la libertad de expresión de la magistrada. Dos son los argumentos fundamentales: en primer lugar, las acusaciones efectuadas por la jueza respecto de su colega napolitano eran de una extrema gravedad (le acusaba de ser el promotor del tráfico de influencias en favor de su hija) no apoyándose, además, sobre ningún dato de carácter objetivo; en segundo lugar, la sanción impuesta es la menor de las posibles, no habiendo comportado la misma ningún tipo de consecuencia ni laboral ni salarial, más allá de la propia advertencia.

En el mismo sentido que la anterior, merece ser destacada la STEDH de 7 de diciembre de 2010, caso *Poyraz contra Turquía* (JUR 2010\396595). En este supuesto, el demandante, en aquellos momentos magistrado e inspector jefe del Ministerio de Justicia, fue nombrado para llevar a cabo una investigación respecto de un juez sobre el que existían sospechas de mala conducta profesional. El instructor realizó el informe, basándose presuntamente en diferentes testimonios, concluyendo que el investigado había cometido diversas faltas profesionales, entre ellas, alguna que revestía carácter delictivo, como el supuesto acoso sexual sobre el personal femenino. En el ínterin, el magistrado investigado fue nombrado miembro del Tribunal de Casación, motivo por el cual se informó al Ministerio de Justicia que la instrucción del expediente administrativo debía archivarse, dado que dicho órgano no era competente para investigar a los jueces del Tribunal de Casación. Tal es así, que la Junta de Presidentes del Tribunal de Casación decidió considerar la instrucción llevada a cabo por el Ministerio nula y sin valor. Dicho expediente

fue filtrado a la prensa, siendo objeto de un gran revuelo mediático. El magistrado afectado se defendió alegando que se había llevado a cabo un complot contra él, por parte del instructor y del Ministro de Justicia. Además, distintos funcionarios que fueron entrevistados alegaron que se les había presionado para testificar en contra del juez investigado, siendo incluso cesados si se negaban a hacerlo. El instructor también fue requerido por la prensa, siendo que negó la existencia de cualquier conspiración, y explicitó que la investigación se había seguido por diversas presuntas irregularidades, no solo por el tema del acoso sexual. Incluso días más tarde, y ante las críticas recibidas, remitió una nota de prensa en la que defendía la instrucción realizada, manifestando además que si no se habían facilitado los nombres de las víctimas del acoso, era porque algunas de ellas estaban casadas, y el haber publicitado dicho dato podría haberles comportado la muerte. El juez investigado decidió accionar civilmente contra el instructor por difamación, siendo que fue condenado al pago de una indemnización por daños y perjuicios.

Tras agotar las vías internas, el actor interpuso demanda ante el TEDH, por presunta vulneración de su libertad de expresión, siendo la misma desestimada. Así, la Corte Europea parte de la idea ya expuesta, y es que, entre los deberes y responsabilidades que tienen los funcionarios en general, y los jueces en particular, se encuentran los de reserva y moderación al ejercer la libertad de expresión. Ello es especialmente relevante en el caso de que dicho derecho sea ejercido por el propio responsable de la investigación, pues la información a la que tiene acceso viene protegida por la cláusula de confidencialidad, la cual está destinada a garantizar la buena Administración de la Justicia. En este caso, es obvio que nos encontramos ante una situación en la que, aun cuando no quedó probado que el instructor filtrara el informe, sí que en las diferentes comunicaciones a los medios dio por bueno su contenido, e incluso añadió insinuaciones especialmente graves, como el que si revelaba los nombres de las mujeres acosadas, ello podría conllevar su muerte. Para el TEDH, las palabras del instructor merecen ser consideradas como difamatorias. Pero además, con las mismas no solo se lesiona el honor del juez afectado como persona, sino que, precisamente por su cargo, su desmerecimiento público puede acabar lesionando la reputación de la Administración de Justicia, la cual es un requisito sine quae non para que la misma pueda gozar de la confianza ciudadana.

De la lectura de dichas sentencias podemos concluir la imposibilidad de poder establecer un criterio general, debiendo acudir a las circunstancias concretas del caso, para poder entender las razones por las que el TEDH considera si se ha vulnerado o no el derecho a la libertad de expresión de los jueces.

## **V. LA IMPOSIBILIDAD DE QUE LOS MAGISTRADOS CONTESTEN A LAS CRÍTICAS A TRAVÉS DE LOS MEDIOS**

El último supuesto que entendemos merece ser citado es el relativo a la posición de los magistrados que reciben duras críticas por parte de los mass media. Así pues, en este caso, el TEDH ha mantenido de manera constante que los jueces no están legitimados para responder a ningún tipo de provocación a través de los medios de comunicación. Así se manifestó, entre otras muchas, en la STEDH de 16 de septiembre de 1999, caso Buscemi contra Italia (TEDH 1999\35): “Se exige a las autoridades judiciales llamadas a juzgar la mayor discreción, con el fin de garantizar su imagen de jueces imparciales. Esta discreción debe llevarles a no utilizar la prensa, incluso cuando sea para responder a provocaciones. Lo imponen la exigencia superior de la justicia y la naturaleza de la función judicial”. Como contrapunto, el TEDH entiende que, habida cuenta que dicho deber de reserva les impide reaccionar, es necesario proteger a los magistrados frente a los abusos periodísticos, no pudiendo conceder salvaguardia alguna a ataques destructivos desprovistos de seriedad amparados en un ejercicio abusivo de la libertad de prensa. Así fue recogido, entre otras, en la STEDH de 26 de abril de 1995, caso Prager y Oberschlick contra Austria (TEDH 1995\12). Por supuesto, ello no significa que no se puedan manifestar opiniones críticas, con base factual suficiente, sobre cuestiones relativas al funcionamiento de la Administración de Justicia que tengan interés público. Así se indica, por ejemplo, en la STEDH de 23 de abril de 2015, caso Morice contra Francia (JUR 2015\111088).

## **VI. CONCLUSIONES**

Primera. Los jueces y magistrados tienen reconocido el derecho a la libertad de expresión, si bien su ejercicio estará limitado por los deberes y responsabilidades derivadas de su propia profesión.

Segunda. La imparcialidad y su apariencia constituyen el principal límite al ejercicio de la libertad de expresión. La autoridad judicial se apoya precisamente sobre la confianza de la ciudadanía, y esta solo se puede dar si los magistrados actúan de modo imparcial.

Un proceder imparcial no solo lesiona el derecho a un juicio justo del ciudadano, sino que daña al propio Poder Judicial. Recordemos que la Justicia emana del pueblo y se administra en su nombre. Las actuaciones parciales por parte de los jueces pueden tener como consecuencia que la confianza del pueblo hacia los mismos desaparezca, o al menos, quede mermada. Si ello se da, la autoridad judicial, que se asienta precisamente sobre dicha confianza, quedará seriamente dañada.

Tercera. Las críticas de carácter técnico-jurídico que llevan a cabo los magistrados, en su calidad de tales, han encontrado el amparo del TEDH, desestimando las alegaciones de falta de neutralidad política que han argüido los Estados. Así pues, el hecho de que una crítica de carácter técnico coincida con la postura de un concreto grupo político respecto de una determinada ley no supone la manifestación pública de un posicionamiento político.

Cuarto. El honor de los magistrados merece especial protección precisamente por el cargo que ocupan. Con la lesión de su buen nombre no solo se está dañando su derecho de la personalidad, como a cualquier otra persona, sino que, además, se está socavando la necesaria reputación de la que debe gozar la Administración de Justicia. Ello no implica que su proceder no pueda y deba estar sometido al escrutinio público, como ocurre con el resto de los funcionarios del Estado, si bien, los ataques destructivos desprovistos de seriedad contra ellos no encontrarán el amparo del TEDH.



LA PRUEBA ELECTRÓNICA EN EL PROCESO PENAL Y EL  
VALOR PROBATORIO DE CONVERSACIONES MANTENIDAS  
UTILIZANDO PROGRAMAS DE MENSAJERÍA INSTANTÁNEA

*ELECTRONIC EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEDURE AND PROBATIVE  
VALUE OF CONVERSATIONS MAINTAINED THROUGH INSTANT  
MESSAGING THIRD PARTY PROGRAMS*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 536-549*

"Se ha vuelto terriblemente obvio que nuestra tecnología ha superado nuestra humanidad."  
- Cita atribuida a Albert Einstein.





Raquel BORGES  
BLÁZQUEZ

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 11 de marzo de 2017

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de junio de 2017

**RESUMEN:** Con el abaratamiento de los costes de acceso a la tecnología su uso se ha extendido a todos los ámbitos de la vida. Y también la comisión de delitos haciendo uso de medios tecnológicos. El reto del proceso penal del siglo XXI es perseguir y castigar aquellas conductas informáticas delictivas haciendo uso de los medios de prueba admitidos en derecho.

**PALABRAS CLAVE:** Proceso penal; prueba electrónica; medios de prueba; Tecnología y Derecho; valoración de la prueba.

**ABSTRACT:** With the lowering of the costs of access to technology its use has been extended to all areas of life, including the commission of crimes making use of technological means. The challenge of 21st century criminal procedure is to prosecute and punish those criminal computer behaviors using the means of proof admitted by law.

**KEY WORDS:** Criminal procedure; electronic evidence; means of proof; Technology and Law; Assessment of proof.

**SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. PROBLEMA JURÍDICO.- III. LA PRUEBA ELECTRÓNICA EN EL PROCESO PENAL.- 1. La posible afectación de Derechos Fundamentales.- 2. Valoración probatoria de comunicaciones por mensajería instantánea. Especial referencia a la STS 300/2015.- IV. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA.- V. REFLEXIONES FINALES.- VI. BIBLIOGRAFÍA.**

---

## I. INTRODUCCIÓN.

Las tecnologías de la información y de las comunicaciones (en adelante, TICs) han cambiado y siguen cambiando las sociedades en todo el mundo: mejorando la productividad industrial, revolucionando los procesos laborales y haciendo que tanto capitales como información se transmitan a una velocidad impensable hace unas décadas. Sin embargo, toda esta tecnología también ha sido utilizada para fines menos loables que ha desencadenado en nuevas formas de delincuencia. Es difícil conceptualizar plenamente la delincuencia informática debido al gran catálogo de delitos que pueden cometerse por medio de ésta. Este tipo de delincuencia es considerada como una conducta proscrita por la legislación y/o la jurisprudencia que implica el uso de tecnologías digitales como medio para la comisión o como objeto de un delito<sup>1</sup>. El derecho no puede quedar al margen de la evolución de las nuevas tecnologías<sup>2</sup>.

La sociedad de la información, la inexistencia de fronteras y los empleos masivos de comunicaciones inmateriales mediante dispositivos electrónicos entre cualquier punto cardinal del planeta hacen que los límites temporales y espaciales que han caracterizado al Derecho Penal sean puestos en tela de juicio. La delincuencia informática supone un tipo de criminalidad especial debido a los medios a través de los que se materializan sus conductas. Desde los años 80 estudios criminológicos apuntan a que el avance de las TICs así como su extensión a prácticamente todas las áreas de la vida iban a hacer que los delincuentes también ampliaran su ámbito

---

1 Naciones Unidas: Oficina contra la Droga y el Delito. Medidas eficaces contra la delincuencia organizada transnacional. Medidas para combatir los delitos informáticos. 11º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, A/Conf.203/14, Bangkok (Tailandia), 2005, pp.3-8.

2 Amplía esta idea BUENO DE MATA, F.: "Comentarios y reflexiones sobre la Ley Orgánica 13/2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica", *Diario La Ley*, núm. 8672, 2015, pp. 1-11.

### • Raquel Borges Blázquez

Grado en Derecho (2014), Master de Acceso a la Abogacía (2016) y Master en Derecho y Violencia de Género (2016) por la Universidad de Valencia. Actualmente es Becaria FPI adscrita al proyecto DER 2015-70568-R en el Departamento de Derecho Administrativo y Procesal de dicha universidad. Ha publicado un artículo científico en la revista indexada *Diario La Ley* y presentado comunicaciones en dos congresos. Correo electrónico: Raquel.Borges@uv.es.

de actuación a los medios informáticos para la comisión de toda clase de ilícitos<sup>3</sup>. Es en esta década cuando, con la expansión de la tecnología, comenzaron los delitos informáticos. Desde entonces, su tipología se ha diversificado, su importancia ha aumentado a velocidades de vértigo y actualmente los delitos informáticos son de los más comunes de la sociedad.

Podemos dividir los delitos más perseguidos en el terreno virtual en tres grandes grupos: aquellos relativos a estafas y extorsiones, los que se refieren al sabotaje o daños informáticos y los que afectan a la intimidad y al honor de las personas debiendo hacer énfasis en las personas especialmente vulnerables como menores de edad o víctimas de violencia de género<sup>4</sup>. En los últimos años, este tercer grupo ha aumentado exponencialmente tanto su comisión como su capacidad para atacar bienes jurídicos de las víctimas.

A día de hoy prácticamente cualquier persona dispone de un terminal móvil o de una cuenta de Facebook debido al abaratamiento de la tecnología durante los últimos años. Así, delitos que antes quedaban restringidos a la barra del bar, el patio del colegio, el parque del barrio o la salida de la oficina han adquirido dimensiones extraordinarias y han demostrado, una vez más, la crueldad humana. Parece que el uso de la tecnología y la necesidad de fehcencia de contenido de los medios de prueba electrónicos difumina y enmascara la responsabilidad de los actores este drama. Estos casos deberían ser tratados como lo que son, puros y simples delitos cometidos por medios electrónicos. Hablemos de inducción al suicidio (art 143 CP), de delito de coacción (art 172 CP), de acoso sexual (art 184 CP), de delito de amenazas (art 169-171 CP), de calumnias (art 205-207 CP) e injurias (art 208-210 CP), de *child grooming* (art 183 ter CP) y *cyberbulling* (extensión del acoso por medios tecnológicos), del discurso del odio (Recomendación num. (97) 29, del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 30 de Octubre de 1997), de extorsión (art 243 CP), de violencia doméstica y de género (Art 153 y 173.2 y 3 CP), de delito de pornografía infantil (art 189 CP), de *sexting* (art 197.7 CP), de *stalking* (art 172 ter CP) y de delito de lesiones (art 147-156 CP) entre otros muchos delitos que son susceptibles de cometerse a través de la red. Algunos de estos delitos – *sexting*<sup>5</sup>– han sido creados expresamente para regular un hecho que antes no existía y otros –amenazas y coacciones– simplemente han cambiado el medio de comisión<sup>6</sup>.

3 PUGA, S.: "Delitos informáticos. Aspectos criminológicos de los delitos informáticos", *El Derecho.com Lefebvre – El Derecho*, 2015.

4 BUENO DE MATA, F.: *Prueba electrónica y proceso 2.0*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 141.

5 Delito introducido en el CP tras el escándalo mediático de "el caso Olvido Hormigos" y la imposibilidad de condena de acuerdo con la legislación vigente. Para más información Auto de 15 de marzo de 2013 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N°1 de Orgaz.

6 Con referencia al *sexting*: sentencia AP de Granada (Sección 1ª) número 351/2014 de 5 de junio donde se absuelve a los menores denunciados por la difusión de la imagen desnuda de la víctima, también menor de edad, a través de la aplicación de *Whatsapp* porque el primer envío lo realizó la propia víctima al que era su novio y no cabía en el tipo delictivo del descubrimiento y revelación de secretos.

La prueba electrónica deviene fundamental para resolver estos litigios y es por ello que en España existe tanto legislación como jurisprudencia asentada al ser consciente nuestro legislador de la gravedad de esta forma de delinquir<sup>7</sup>.

## II. PROBLEMA JURÍDICO.

A día de hoy colgamos fotografías, vídeos e información personal de la que desconocemos su uso potencial. No somos conscientes de la difusión que puede llegar a tener una foto ni del peligro de que jamás pueda ser borrada. Los datos que las páginas de administración tienen son muchos y la legislación penal y civil no ha sabido actuar rápidamente ante este cambio brusco de comunicaciones interpersonales. Nuevamente, el derecho va por detrás de la sociedad y en el caso de las TICs hay quienes afirman que la doctrina hace tarde. No obstante, la buena doctrina permanece en el tiempo. La intimidad de las personas es un derecho fundamental (art 18 CE y 8 CEDH) y lo que los intérpretes y aplicadores del derecho debemos hacer es moldear la doctrina existente para que su contenido esencial no quede desvirtuado por las nuevas tecnologías. Sabemos que podemos ejercer nuestro derecho cuando han atacado nuestra intimidad u honra, pero también sabemos que el derecho actúa tarde, que el mal está ya hecho y que una de las características de la red es la posibilidad de anonimato, de la sensación de que la conducta del infractor va a quedar impune, de que el elevado número de injurias y calumnias vertidas haciendo uso de las TICs colapsaría la justicia. Y, como muchos individuos saben, insultar o acosar las más de las veces no tendrá consecuencias jurídicas para el/la o los/las infractores/as<sup>8</sup>. Insultos que alcanzan dimensiones desproporcionadas, dando lugar a trágicos desenlaces en los que las víctimas llegan a pensar en el suicidio o incluso llegan a quitarse la vida. Son fenómenos frecuentes el *cyberbullying* por parte de compañeros de colegio que hace que el niño en cuestión viva en un constante acoso ya que los mensajes hirientes acostumbran a continuar fuera de horas lectivas o el reenvío de vídeos y fotos con carácter sexual que una vez son filtrados, generalmente por la ex pareja, escapan de cualquier control siendo reenviados por grupos privados de *whatsapp* y descargados por sus miembros. El simple hecho de reenviar un vídeo ya de por sí puede ser un delito, con independencia de que llegue o no a oídos de la víctima. Siendo más grave en el caso de que la víctima sea consciente dado que encontraríamos ante un concurso de delitos y un daño moral susceptible de ser indemnizado<sup>9</sup>.

Los ciberdelitos se pueden definir como aquella actividad delictiva o abusiva relacionada con los ordenadores y las redes de comunicaciones porque utiliza un dispositivo electrónico como herramienta del delito o porque la información

7 BUENO DE MATA, F.: *Prueba electrónica y proceso 2.0*, cit., pp. 141-142.

8 CARRETERO SÁNCHEZ, S.: "Las redes sociales y su impacto en el ataque a los derechos fundamentales: aproximación general", *Diario La Ley*, núm. 8718, 2016, p. 3.

9 Encontramos una muy buena reflexión acerca de los daños morales en: MAGRO SERVET, V.: "El daño moral indemnizable en la violencia de género", *Diario La Ley*, núm. 9015, 2017, pp. 1-8.

contenida en éste es el objetivo del delito. Por lo que al orden jurisdiccional penal respecta, la mayoría de casos en los que se juzgan ciberdelitos tienen como único elemento probatorio la prueba electrónica<sup>10</sup>. No obstante, en la realidad resulta muy difícil la prueba de estos delitos y ser un “delincuente virtual” sale muy barato. Es tarea del derecho procesal penal encontrar el medio para que estos actos puedan ser juzgados.

### III. LA PRUEBA ELECTRÓNICA EN EL PROCESO PENAL.

Definimos la prueba como la actividad procesal de las partes -de demostración- y del juez -de verificación- mediante la que se busca el convencimiento psicológico en el juzgador sobre la verdad de los datos allegados al proceso<sup>11</sup>. La prueba puede ser un fin y un medio. La prueba como fin es la encaminada a la demostración de la existencia y el contenido de un hecho del que depende un derecho. Como medio es el conjunto de recursos que pueden utilizarse para obtener dicha demostración, el fin de la prueba<sup>12</sup>. Los principios que rigen el proceso penal y sus diferencias con los procesos dispositivos se aplican al ámbito probatorio siendo que para establecer los elementos típicos de la prueba en el proceso penal debemos tener en cuenta: (1) la presunción de inocencia como garantía procesal sobre la culpabilidad-inocencia y máxima procesal que determinará el contenido de la sentencia dando lugar a la absolución si no puede probarse la culpabilidad del sujeto; (2) la no obligación de declarar unida a la posibilidad de practicar la prueba de oficio; (3) y la libre valoración de la prueba o en conciencia que, de acuerdo con nuestro Tribunal Supremo, significa apreciación lógica de la prueba (art 741 LECrim y STS 31/1981 de 28 de Julio)<sup>13</sup>.

Por prueba electrónica penal entendemos la información de valor probatorio contenida o transmitida por un medio electrónico. Ésta es cualquier clase de información, que deberá encontrarse en medios electrónicos y es capaz de acreditar hechos en un proceso abierto para la investigación de todo tipo de infracciones penales. La fuente de prueba radica en la información contenida o transmitida por medios electrónicos y el medio de prueba será como se incorpora al proceso (normalmente como prueba documental o pericial, aunque cabe mediante la testifical)<sup>14</sup>.

10 BUENO DE MATA, F.: *Prueba electrónica y proceso 2.0*, cit., pp. 140-141.

11 BARONA VILAR, S.: “Capítulo II: La prueba”, en J. MONTERO AROCA, J. L. GÓMEZ COLOMER, S. BARONA VILAR, I. ESPARZA LEIBAR, JOSÉ F. ETXEBERRÍA GURIDI (Comps.): *Derecho Jurisdiccional III*, 2016, p. 380.

12 LLAGARIA VIDAL, F., CID FERNÁNDEZ, J. M.: “Tema 26: La Prueba”, en *Apuntes de Notaría de la Academia de Opositores del Colegio Notarial de Valencia*, 2015.

13 BARONA VILAR, S.: “Capítulo II: La prueba”, cit., pp. 382-390.

14 DELGADO MARTÍN, J.: “La prueba electrónica en el proceso penal”, *Diario La Ley*, núm. 8167, 2013, p. 1.

## I. La posible afectación de derechos fundamentales.

Nuestro Ordenamiento Jurídico contempla la posibilidad de que ciertos trámites sean admitidos en soporte electrónico. La tecnología digital forma parte de nuestra vida profesional, pero también de la personal siendo que los dispositivos informáticos acaban siendo auténticos diarios digitales. Consecuentemente, una investigación que pretenda requisar soportes informáticos o interceptar comunicaciones es susceptible de incidir en la esfera de los derechos fundamentales de los ciudadanos<sup>15</sup>. Afectará en todo caso a la intimidad personal (art 18.1 CE) salvo que la injerencia se haya realizado previa autorización judicial o consentimiento del afectado (STC 173/11) sin perjuicio de la posible intervención policial en casos de urgente necesidad y respetando el principio de proporcionalidad (STS 115/2913). También se puede vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones (Art 18.3 CE) y a la inviolabilidad del domicilio (Art 18.2 CE) si el dispositivo se encuentra en el interior de un lugar cerrado constitutivo de domicilio o el derecho a la autodeterminación informativa en el ámbito de protección de datos personales (Art 18.4 CE)<sup>16</sup>.

Un dispositivo electrónico es una prolongación artificial de nuestra memoria que conserva datos que permiten conocer nuestras amistades, pensamientos y hasta movimientos. Y el peligro reside en que podría hacerse un perfil psicológico concreto de la persona, así como conocer su situación económica, social y familiar. El TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse a propósito del *caso Lliya Stefanox contra Bulgaria*, de 22 de mayo de 2008 (JUR 2008, 149511) y, de acuerdo con el art 8.1 CEDH, la lectura de correos electrónicos y la interceptación de las conexiones a través de la red de cualquier ciudadano supone una injerencia en su vida probada. Una investigación criminal podrá restringir dicho derecho fundamental cuando los ciudadanos conozcan previamente las circunstancias y condiciones en las que puede realizarse dicha injerencia, en este aspecto incide la STEDH del *caso Halford contra Reino Unido*, de 25 de Junio de 1997 (TEDH 1997,37). Desde nuestra perspectiva constitucional el legislador debe limitar el uso de las TICs para preservar la intimidad personal, el honor y la vida familiar de las personas (art 18.4 CE).

La posible afectación de Derechos Fundamentales mediante el examen policial de dispositivos de titularidad o uso de sospechosos es una cuestión controvertida. El hecho de necesitar una clave hace que el dispositivo no pueda asimilarse a un maletín, bolso o mochila cuya inspección podría realizar la policía sin la autorización de un órgano jurisdiccional (FJ 3 STS Sala de lo Penal número 835/2008, de 4

15 PORTAL MANRUBIA, J.: "La regulación de la prueba electrónica en el proceso penal", *Revista Derecho y Proceso Penal*, núm. 31, 2013, p. 27.

16 DELGADO MARTÍN, J.: "La prueba electrónica en el proceso penal", cit., p. 3.

de diciembre)<sup>17</sup>. La STS 97/2015, con cita de sus precedentes SSTS 985/2009 y 587/2014, concluye que este tipo de exámenes y, en concreto, el acceso a perfiles de redes sociales de la persona sospechosa, estuviera o no detenida, necesitaba autorización judicial expresa. No obstante, de acuerdo con la STC 173/2011 no se excluye la posibilidad de que, ante el riesgo de destrucción de evidencias por el sospechoso o un tercero, se pueda justificar la actuación policia<sup>18</sup> con pleno respeto del principio de proporcionalidad (STC 115/2013).

## 2. Valoración probatoria de comunicaciones por mensajería instantánea. Especial referencia a la STS 300/2015

La mayoría de la doctrina centra sus estudios en la figura del documento electrónico, llevándonos al equívoco de considerar documento electrónico sinónimo de prueba electrónica cuando es solo una de las distintas modalidades de pruebas electrónicas. Por lo que respecta a la mensajería instantánea, es aplicación habitual en los teléfonos móviles y se ha convertido en sistema de comunicación imprescindible, llegando incluso a crear una cultura propia acortando palabras o añadiendo emoticonos<sup>19</sup>. Para la elección del medio probatorio puede utilizarse el soporte papel, un documento electrónico, interrogatorio de parte o del acusado, testifical o de forma cumulativa. Quizá lo más adecuado es aportar al proceso el propio dispositivo electrónico junto con la copia escrita de los mensajes que han de ser probados para que el Letrado de la Administración de Justicia proceda al cotejo de dichos mensajes o acudir al Notario para obtener un acta notarial. La prueba entrará válidamente en el proceso, sin perjuicio de la valoración sobre la eficacia probatoria que haga el juez o tribunal (el Letrado de la Administración de Justicia o el Notario dan fe de que en el dispositivo electrónico existe un determinado mensaje, pero no de la posible manipulación de éste). Si la otra parte no la impugna, existen muchas posibilidades de que el juez le otorgue eficacia probatoria. En cambio, si procede a su impugnación por considerar que el contenido ha sido manipulado o la identidad suplantada el juez o tribunal deberá valorar una serie de elementos: los motivos de impugnación y otros medios probatorios relativos a los mensajes que pretenden ser probados pudiendo ayudarse, si lo estimase conveniente, de periciales acerca de la integridad de los mensajes que deberán recaer sobre el dispositivo electrónico aportado por la parte interesada en la prueba y sobre el otro dispositivo electrónico implicado en la conversación, este último punto en la práctica acostumbra a ser difícil pues se trata del dispositivo de la parte contraria. Para grupos de *Whatsapp* pueden aportarse al proceso otros dispositivos electrónicos que participen en el grupo y

17 PORTAL MANRUBIA, J.: "La regulación de la prueba electrónica en el proceso penal", cit., pp. 27-32.

18 RODRIGUEZ LAINZ, J. L.: "Sobre el valor probatorio de conversaciones mantenidas a través de programas de mensajería instantánea (A propósito de la STS, Sala 2ª, 300/2015, de 19 de Mayo)", *Diario La Ley*, núm. 8569, 2015, p. 14.

19 BUENO DE MATA, F.: *Prueba electrónica y proceso 2.0*, cit., p. 161.

así comprobar si los mensajes han sido manipulados. Pero seguimos sin resolver el problema de la autoría porque, aunque sería razonable pensar que el titular es el que ha enviado el mensaje esto es solo una presunción. La parte que lo niegue deberá aportar elementos fácticos que lo demuestren pues exigir a la acusación la prueba de que el dispositivo no ha sido utilizado por un tercero, un hecho negativo, se convertiría en una prueba diabólica<sup>20</sup>.

Encontramos ejemplos diversos de prueba electrónica en nuestra jurisprudencia actual. En la SAP de Cuenca de 30 de junio de 2009 la prueba aportada en juicio eran los mensajes intercambiados entre demandado y demandada que demostraban una relación sentimental y con contenido sexual que, junto a la negativa de éste de someterse a la prueba biológica, constituía un indicio de paternidad. La SAP de Castellón de 9 de marzo de 2012 niega la autoría de los SMS y los correos electrónicos del acusado ante la imposibilidad de acreditar la titularidad de la línea telefónica y de su cuenta de correo. Esta misma tesis fue defendida por la SAP de Badajoz de 21 de febrero de 2002<sup>21</sup>. La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2015 (STS 300/2015) sienta los criterios a seguir para aceptar la fuerza probatoria en el ámbito penal de las capturas de pantalla o “pantallazos” de mensajes transmitidos en redes sociales y que pasamos a analizar.

La STS 300/2015, trata de los abusos sexuales realizados por la pareja de la madre a una niña menor de edad, cuya única prueba es un diálogo mantenido con un amigo a través de *Tuenti*. La sala comienza puntualizando “que la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas, forma parte de la realidad de las cosas pues, continúa diciendo, el anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo”, apuntando así a la mayor vulnerabilidad de la prueba electrónica. La realidad es que la verdad procesal absoluta no existe y todas las pruebas son susceptibles de ser falsificadas y un contrato privado puede haber sido manipulado del mismo modo que puede serlo una conversación entablada mediante aplicaciones de mensajería instantánea. No se excluyen estas conversaciones como medio de prueba, sino que desplazamos la carga de la prueba a “quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria siendo indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido”. No obstante, en este caso el Tribunal Supremo no vio necesario un dictamen pericial por dos razones. “La primera, el hecho de

20 DELGADO MARTÍN, J.: “La prueba de whatsapp”, *Diario La Ley*, núm. 8605, 2015, pp. 7-8.

21 BUENO DE MATA, F.: *Prueba electrónica y proceso 2.0*, cit. p. 164.



que fuera la propia víctima la que pusiera a disposición del Juez de instrucción su contraseña de Tuenti con el fin de que, si esa conversación llegara a ser cuestionada, pudiera asegurarse su autenticidad mediante el correspondiente informe pericial. La segunda, el hecho de que el interlocutor con el que se relacionaba Ana María fuera propuesto como testigo y acudiera al plenario. Allí pudo ser interrogado por las acusaciones y defensas acerca del contexto y los términos en que la víctima -Ana María- y el testigo -Constancio- mantuvieron aquel diálogo”.

Es esta misma idea la que subyace en el FJ 2º de la resolución combatida (Sentencia de la Sección Segunda de la AP de Valladolid nº 346/2014) “... respecto de la conversación de Tuenti cuya impresión fue aportada por la Acusación Particular, porque las dos personas que la mantuvieron, Ana María y su amigo Constancio, en el plenario han manifestado que efectivamente mantuvieron esa conversación y en esos términos, sin que ninguno de los dos hiciera referencia a que se hubiera producido ninguna manipulación en la impresión de dicha conversación, que consta no solamente aportada por la Acusación Particular en los folios 178 a 190 sino también en las fotografías que del teléfono móvil de la menor adjuntó la Guardia Civil (folios 199 y siguientes), ya que según consta en el oficio, Ana María accedió en su presencia a su cuenta de Tuenti a través de un ordenador, pero el historial solo permitía retroceder hasta el 26 de Octubre de 2013, por lo que únicamente pudieron visualizarlo a través de la aplicación de Tuenti para teléfonos móviles, haciendo los agentes fotografías de las pantallas correspondientes a la conversación, que coinciden exactamente con las hojas impresas que fueron aportadas por la Acusación Particular. Precisamente, en el escrito con el que se adjuntaban estas impresiones, la Acusación Particular facilitó las claves personales de Ana María en Tuenti y solicitaba que, si había alguna duda técnica o probatoria, que se oficiara a ‘Tuenti España’, indicando su dirección, para que se certificara el contenido de esa conversación, sin que la Defensa haya hecho petición alguna al respecto. Teniendo en cuenta que tanto Ana María como Constancio han reconocido el contenido de la conversación que se ha facilitado tanto por la Acusación Particular como por la Guardia Civil, no puede estimarse la impugnación de la Defensa, quedando dicha documental dentro del acervo probatorio para su valoración con el conjunto de las restantes pruebas que han sido practicadas”.

Así, por medio de una prueba que en realidad era circunstancial y que actuaría a modo de indicio<sup>22</sup> corroborándola con el testimonio de ambas partes implicadas, el hecho de que la víctima pusiera a disposición del juzgado sus claves o que indicase que, en caso de haber alguna duda técnica se oficiase a “Tuenti España”

22 RODRIGUEZ LAINZ, J. L.: “Sobre el valor probatorio de conversaciones mantenidas a través de programas de mensajería instantánea (A propósito de la STS, Sala 2ª, 300/2015, de 19 de Mayo)”, cit., p. 2.

sin que la defensa realizase dicha petición hace que de la valoración en conjunto con el resto de pruebas sea suficiente para una condena.

#### IV. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA.

Podríamos agrupar las ventajas en cuatro. La primera es que, siempre y cuando el material no haya sido objeto de manipulación, estas pruebas ofrecen una información más objetiva, clara, precisa, completa y neutra que otros medios de prueba como pueden ser las declaraciones de testigos que siempre pueden contradecirse. La segunda es que la revolución tecnológica ha traído consigo una nueva ola de actividades (regulares o ilícitas) que se apoyan en las TICs y que requieren de las pruebas electrónicas en los distintos órdenes jurisdiccionales como elemento clave en el desarrollo del proceso. La tercera es que su tratamiento procesal es relativamente sencillo pues en casi la totalidad de los casos los peritos informáticos obtienen fácilmente la información y por medio de un análisis forense dan veredicto sobre su veracidad, existiendo incluso casos en los que no será necesaria su colaboración. La cuarta es que con el paso del tiempo estas pruebas acabarán conllevando una reducción del coste global del proceso además de agilizarlo al disminuir tanto los costes procesales de impresión de miles de folios como la burocracia dedicada a la gestión y tramitación. Y esto ayudará a reforzar los principios de economía procesal, concentración, unidad de actos y publicidad dando lugar a procesos más rápidos que reviertan en una justicia moderna, ágil y cercana al ciudadano. Sus inconvenientes serán de carácter legal y técnico. El principal escollo de carácter legal es que pese a las buenas intenciones de los legisladores europeos y nacionales no existe regulación suficiente y esto trae consigo incertidumbre jurídica en torno a la prueba electrónica. Los inconvenientes técnicos pueden agruparse en tres. El primero se refiere a la realidad diaria de los tribunales, esto es, la falta de medios unida a la brecha digital en los profesionales del sector judicial -que se solucionaría ofreciendo formación especializada a los profesionales para familiarizarlos con el nuevo entorno digital-. El segundo a la complejidad de la materia que conlleva la necesidad de recurrir a profesionales para la prueba pericial debido a la dificultad técnica implícita de un material probatorio conectado con las TICs y que el juez, por regla general, no posee -complejidad que también se da en otros supuestos en los que el juez necesita ayudarse de profesionales de otras materias (médicos, ingenieros, arquitectos...)-. El último inconveniente, y que deviene el talón de Aquiles de la prueba electrónica, es su alta volatilidad o facilidad de manipulación del documento<sup>23</sup>.

23 BUENO DE MATA, F.: *Prueba electrónica y proceso 2.0*, cit., pp. 172-179.

## V. REFLEXIONES FINALES.

Las TICs han reportado innumerables ventajas a las sociedades modernas, pero también han constituido una vía novedosa y eficaz para la comisión de conductas delictivas aprovechando la poca legislación en la materia y su continua innovación que hace que el derecho las más de las veces se encuentre uno o varios pasos por detrás de la realidad. Es por esto que la prueba electrónica va camino de convertirse en la prueba estrella en los diversos órganos jurisdiccionales. Aunque el trabajo esté escrito haciendo referencia a normativa y jurisprudencia española y europea, este problema va a encontrarse en todos los puntos cardinales del planeta debido a la globalización y el uso masivo de las TICs para asuntos tanto profesionales como personales. Es por ello que continuar investigando en la materia, así como hacer uso del derecho comparado para combatir la ciberdelincuencia deviene un mandato para los procesalistas.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

BARONA VILAR, S.: “Capítulo II: La prueba”, en J. MONTERO AROCA, J. L. GÓMEZ COLOMER, S. BARONA VILAR, I. ESPARZA LEIBAR, JOSÉ F. ETXEBERRÍA GURIDI (Comps.): *Derecho Jurisdiccional III*, 2016.

BUENO DE MATA, F.: “Comentarios y reflexiones sobre la Ley Orgánica 13/2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica”, *Diario La Ley*, núm. 8672, 2015.

BUENO DE MATA, F.: *Prueba electrónica y proceso 2.0*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

CARRETERO SÁNCHEZ, S.: “Las redes sociales y su impacto en el ataque a los derechos fundamentales: aproximación general”, *Diario La Ley*, núm. 8718, 2016.

DELGADO MARTÍN, J.: “La prueba de whatsapp”, *Diario La Ley*, núm. 8605, 2015.

DELGADO MARTÍN, J.: “La prueba electrónica en el proceso penal”, *Diario La Ley*, núm. 8167, 2013.

LLAGARIA VIDAL, F., CID FERNANDEZ, J. M.: “Tema 26: La Prueba”, en *Apuntes de Notaría de la Academia de Opositores del Colegio Notarial de Valencia*, 2015.

MAGRO SERVET, V.: “El daño moral indemnizable en la violencia de género”, *Diario La Ley*, núm. 9015, 2017.

PORTAL MANRUBIA, J.: “La regulación de la prueba electrónica en el proceso penal”, *Revista Derecho y Proceso Penal*, núm. 31, 2013.

PUGA, S.: “Delitos informáticos. Aspectos criminológicos de los delitos informáticos”, *El Derecho.com Lefebvre – El Derecho*, 2005.

RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: “Sobre el valor probatorio de conversaciones mantenidas a través de programas de mensajería instantánea (A propósito de la STS, Sala 2ª, 300/2015, de 19 de Mayo)”, *Diario La Ley*, núm. 8569, 2015.



EL MEDIO AMBIENTE SANO: LA CONSOLIDACIÓN DE UN  
DERECHO

*THE HEALTHY ENVIRONMENT: THE CONSOLIDATION OF A RIGHT*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 550-569*



Elena DE LUIS  
GARCÍA

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 5 de junio de 2017

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de junio de 2017

**RESUMEN:** El objeto del presente artículo es ofrecer una aproximación al derecho a un medio ambiente sano, así como su origen y evolución, un proceso que comenzó en la década de los años setenta y que aún continúa en desarrollo. Con este fin, se examinarán los instrumentos de derecho internacional que dieron lugar a su creación, así como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia.

**PALABRAS CLAVE:** Medio ambiente sano, derechos humanos, ONU, TEDH.

**ABSTRACT:** The aim of this paper is to give an overall view of the substantive right to a healthy environment, its origin and evolution, a process that has been developing since the seventies. For this purpose, the international legal tools that created this right will be examined, as well as the jurisprudence of the European Court of Human Rights in environmental issues.

**KEY WORDS:** Healthy environment, human rights, UN, ECHR.

**SUMARIO.-** I. INTRODUCCIÓN.- II. ¿QUÉ ES EL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO?.- III. EVOLUCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL.- 1. La labor de Naciones Unidas.- 2. Instrumentos regionales de derechos humanos.- IV. EL MEDIO AMBIENTE EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH.- 1. Derecho a la vida.- 2. Derecho al respeto de la vida privada y familiar.- 3. Derecho a la propiedad privada.- V. CONCLUSIONES.- VI. BIBLIOGRAFÍA.

---

## I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas la preocupación por la conservación del medio ambiente ha sufrido un crecimiento asombroso en todos los niveles, debiendo considerarse hoy en día una de las materias más relevantes a nivel científico, doctrinal y normativo. En efecto, si hace menos de cincuenta años se ignoraba la relación existente entre los derechos humanos y el medio ambiente, en la actualidad son numerosos los textos normativos vinculantes que consagran tanto el derecho a un medio ambiente sano, como los denominados derechos de acción ambiental, todo lo cual se predica ahora como necesario para garantizar que las generaciones presentes y futuras puedan desarrollarse en un medio saludable y beneficioso para la vida humana.

A pesar de este auge en la preocupación ambiental, traducido, a su vez, en un increíble desarrollo legislativo, sigue sin existir una definición unánime de medio ambiente. Como punto de partida, podemos acudir a la concepción ofrecida por la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva sobre el empleo de armas nucleares de fecha 8 de julio de 1996<sup>1</sup>, según la cual: "el medio ambiente no es una abstracción, sino que representa el espacio en el que viven los seres humanos, su calidad de vida y su salud, incluyendo las generaciones futuras"<sup>2</sup>. En el mismo sentido, el Convenio de Lugano de 1993 sobre responsabilidad civil de daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente<sup>3</sup>, entiende el medio ambiente como un conjunto de los siguientes elementos: "los recursos naturales, abióticos y bióticos,

---

1 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory opinion of 8 July 1996, § 29.

2 Texto original: "the environment is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn".

3 Convenio del Consejo de Europa sobre responsabilidad civil de daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, hecho en Lugano el 21 de junio de 1993.

### • Elena de Luis García

Contratada predoctoral Prometeo-GVA en el Área de Derecho Procesal de la Universitat de València y miembro del grupo de investigación MEDARB. Su línea principal de investigación se centra en analizar el nuevo modelo de justicia penal ambiental que nace del reconocimiento de los derechos procesales ambientales, como son el acceso a la justicia penal, la investigación efectiva y el derecho al resarcimiento del daño para las víctimas de delitos ambientales. Correo electrónico: elena.deluis@uv.es



como el aire, el agua, la tierra, la fauna y la flora y la interacción entre esos factores; la propiedad que forma parte del patrimonio cultural; y los aspectos característicos del paisaje”<sup>4</sup>.

Por lo tanto, el medio ambiente incluirá elementos naturales, esto es, tierra, agua, aire, flora y fauna; pero también podrá incluir elementos artificiales, como es el patrimonio cultural. Según se incorpore o no el elemento cultural, hablaremos de medio ambiente en sentido amplio o restringido.<sup>5</sup>

La protección jurídica del medio ambiente sufrió una importante evolución a lo largo del siglo XX, que obedeció a un cambio en la visión tradicional del medio natural, desde su concepción como una mera fuente de recursos económicos para los seres humanos, a su consideración como un bien universal cuya protección es de vital importancia para toda la humanidad.<sup>6</sup> Es en este proceso evolutivo cuando surgen las teorías antropocentrista y ecocentrista, que buscan ofrecer una justificación o fundamento a la protección jurídica del medio ambiente. La primera entiende que la protección del medio ambiente reside en su condición de bien perteneciente a toda la humanidad -cuya lesión provocaría un perjuicio a las personas-, mientras que para el ecocentrismo el medio ambiente es digno de protección por sí mismo, de forma que todos los elementos que integran la naturaleza son merecedores de tutela y existe un deber de la sociedad internacional de proteger el medio ambiente.<sup>7</sup> En la actualidad ambas posiciones confluyen y así se desprende de los distintos instrumentos jurídicos que protegen el medio ambiente, no solamente como un derecho de las personas, sino también por sí mismo.<sup>8</sup>

Fruto de ese proceso evolutivo surge el reconocimiento del derecho humano a desarrollarse en un medio sano, aunque su tratamiento no ha sido ni mucho menos uniforme. Así pues, en algunos instrumentos de derechos humanos se configura como un derecho susceptible de invocación directa, mientras que en otros han sido los tribunales quienes han configurado su contenido y naturaleza, ligado siempre a un derecho fundamental positivado, lo que hace que, en estos casos, el derecho a un medio sano tenga un carácter residual, en la medida en que para su invocación ante los tribunales siempre deberá ir acompañado de la lesión de otro derecho.

- 4 Texto original: “Environment includes: natural resources both abiotic and biotic, such as air, water, soil, fauna and flora and the interaction between the same factors; property which forms part of the cultural heritage; and the characteristic aspects of the landscape.”
- 5 BORILLO, D.: “Delitos ecológicos y derecho represivo del medio ambiente: reflexiones sobre el derecho penal ambiental en Europa”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, núm. 3 (1), 2011, p. 3.
- 6 JUSTE RUIZ, J., y CASTILLO DAUDI, M.: *Derecho del medio ambiente. La protección del medio ambiente en el ámbito internacional y en la Unión Europea*, Psylicom Distribuciones Editoriales, Valencia, 2012, 2ª edición, p. 22-23.
- 7 BORRÁS PENTINAT, S.: “Del derecho humano a un medio ambiente sano al reconocimiento de los derechos de la naturaleza”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100, 2014, 649-680, p. 650.
- 8 Sirva de ejemplo la tipificación de los delitos ambientales contenida en los artículos 325 y siguientes del Código Penal de 1995, cuyo bien jurídico protegido está integrado por la salud y vida humana, así como elementos naturales, sin que exija necesariamente una lesión en los bienes personales para la comisión del delito.

Veremos a continuación, cómo nace dicho derecho, la evolución en su concepción y el grado de protección de que goza actualmente en los principales textos de derechos humanos. Como punto de partida, llevaremos a cabo una primera aproximación al concepto de medio ambiente sano, que será después completada tras el análisis de las normas internacionales que propiciaron su nacimiento, así como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha ido configurando su contenido y consagrando una serie de obligaciones estatales en aras de su protección.

## II. ¿QUÉ ES EL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO?

El derecho a un medio ambiente sano puede definirse como el derecho de las personas a desarrollarse en un medio adecuado, saludable y propicio para la vida humana, pero qué condiciones deben darse para que pueda calificarse como tal, sigue siendo una cuestión sobre la que no existe consenso.

Para tratar de perfilar dicho concepto, acudiremos, en primer lugar, al texto del borrador de Principios sobre el medio ambiente y derechos humanos, incluido en el llamado "Informe Ksentini"<sup>9</sup> (elaborado por FATMA ZOHRA KSENTINI, Relatora Especial de las Naciones Unidas). Este texto nunca vio la luz, pero constituye un interesante punto de partida para definir el derecho a un medio ambiente sano. En el informe se pone de relieve la relación existente entre el medio ambiente y determinadas necesidades humanas básicas, como son la salud, la alimentación, el agua, las condiciones de trabajo saludables, la vivienda o la propiedad, entre otras. Estos elementos, fundamentales para el desarrollo humano, van a depender de la existencia de un medio adecuado y, por tanto, constituyen parte del contenido esencial de tal derecho. Es decir, cuando concurren unas condiciones ambientales que aseguren la satisfacción de las necesidades antedichas, se dará cumplimiento al derecho a un medio sano.

Por ello, viene afirmándose que el derecho a un medio ambiente sano es un derecho inherente a la dignidad humana, de forma que sin un medio ambiente adecuado una persona no puede vivir dignamente.<sup>10</sup> El respeto de la dignidad humana exigirá un grado de calidad ambiental que no se limite únicamente a garantizar el derecho a la vida de las personas, sino también la satisfacción de las necesidades humanas básicas.<sup>11</sup> Entre estas necesidades debemos incluir aquellas citadas en el Informe Ksentini: salud, alimentación, agua, condiciones de trabajo saludables, vivienda o propiedad, a las cuales podríamos añadir la calidad del aire y del suelo. Como luego

9 Human Rights and the Environment - Final report, E/CN.4/Sub.2/1994/9.

10 FERRETE SARRIA, C.: "El derecho humano a un medio ambiente sano en el Tratado de la Constitución para Europa", *Recerca: revista de pensament i anàlisi*, núm. 6, 2006, 141-156, p. 153.

11 DEJEANT-PONS, M. y PALLEMAERTS, M.: *Human Rights and the Environment*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2002.

se verá, estos elementos han sido considerados por el TEDH como inherentes al concepto de *healthy environment*.

Por lo expuesto, se deduce que estamos ante un derecho íntimamente relacionado con otros, como el derecho a la vida o la salud, sobre los que se afirma que existe una relación de indivisibilidad e interdependencia, en el sentido de que el medio ambiente refuerza su significado.<sup>12</sup> De este modo, el contenido del derecho a la vida amplía su contenido que incluye ahora, no solamente la vida en sí misma, si no el derecho a desarrollarla en unas condiciones adecuadas. Como señala BORRÁS PENTINAT, esta interdependencia es el motivo por el que parte de la doctrina niega que el medio ambiente sano pueda ser considerado un derecho autónomo, sino que debe integrarse en la definición de los derechos relacionados<sup>13</sup>. Sin embargo, la interdependencia respecto de otros derechos no debería ser obstáculo para un reconocimiento autónomo del derecho a un medio sano, ya que existen numerosos derechos que guardan la misma relación entre sí; piénsese por ejemplo en el derecho a no declarar contra sí mismo, que el Tribunal Constitucional ha incardinado en el derecho de defensa,<sup>14</sup> sin que ello impida el reconocimiento autónomo de cada uno de ellos en nuestro texto constitucional.

Cabe mencionar que, junto con el derecho a un medio ambiente sano aparecen los llamados derechos de acción ambiental, esto es, el acceso a la justicia, a la información y la participación ciudadana. Estos derechos, como ahora se verá, aparecieron por primera vez en la década de los años 90 y, en la actualidad, están integrados en la mayoría de ordenamientos jurídicos del mundo. Su finalidad no es otra que garantizar el derecho a un medio ambiente adecuado, para lo cual facultan al público general a adoptar una posición activa en la toma de decisiones de carácter ambiental.

Por lo que respecta a la naturaleza del derecho a un medio ambiente sano, se le considera tanto un derecho fundamental de tercera generación, como un principio rector de la política social y económica, distinción que incidirá sobre su eficacia y medios de protección. Si acudimos al artículo 45 de la Constitución Española, observamos cómo se enlazan ambas nociones.<sup>15</sup> Por un lado, el artículo se ubica sistemáticamente junto con los principios rectores, lo que implica la imposibilidad de invocarlo directamente ante los tribunales, pues no sería un derecho fundamental de las personas, sino un fin que respetar en todas las actuaciones gubernamentales y administrativas. Por otro lado, el precepto afirma que todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado y el deber de conservarlo, lo que, a su vez,

12 BORRÁS PENTINAT, S.: "Del derecho humano", cit., p. 651.

13 *Ibidem*.

14 STC 199/2013, de 5 de diciembre (EDJ 2013/253497).

15 Artículo 45.1 CE: "Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo".

revela una naturaleza de derecho de tercera generación, en tanto que es un derecho cuya base es la solidaridad, pues impone también un deber sobre los titulares del derecho<sup>16</sup>.

Aun cuando sigue sin existir consenso respecto de su naturaleza, lo que sí es cierto es que la tendencia actual es su protección como un derecho fundamental autónomo de tercera generación, tanto en la mayoría de instrumentos de derechos humanos como en gran parte de las constituciones nacionales vigentes.

### III. EVOLUCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

No fue hasta mediados del siglo XX cuando se puso de relieve la relación existente entre los derechos humanos y el medio ambiente, momento en el que empiezan a surgir los primeros textos internacionales que proclaman la existencia de derechos ambientales autónomos. El punto de partida, conforme se desprende de dichos textos, es la afirmación de que todo ser humano tiene derecho a vivir y desarrollarse en un medio ambiente adecuado.

Como veremos, el reconocimiento internacional del derecho a un medio ambiente sano dio paso a su inclusión en los diferentes instrumentos regionales de derechos humanos, así como en la mayoría de las constituciones del mundo. De acuerdo al estudio realizado por BOYD en el año 2015, el derecho a un medio ambiente adecuado se halla reconocido en ciento cincuenta constituciones nacionales, lo que supone más de tres cuartas partes de las constituciones del mundo<sup>17</sup>. En particular, en Europa se hallaba recogido dicho derecho en nada menos que cuarenta textos constitucionales.<sup>18</sup> Aun cuando no es objeto del presente estudio, conviene señalar que el derecho no goza de la misma protección y eficacia en todas las constituciones, sino que, mientras en algunos es un auténtico derecho susceptible de invocación directa ante los tribunales, en otros, como es el caso del artículo 45.1 CE, estamos ante un principio rector, que guía la actuación de las autoridades, pero que no podrá ser objeto de recurso directo ante los tribunales por no ser un verdadero derecho fundamental.

16 VERNET I LLOBET, J. y JARIA I MANZANO, J.: "El derecho a un medio ambiente sano: su reconocimiento en el constitucionalismo comparado y en el derecho internacional", *Teoría y realidad constitucional*, núm. 20, 2007, 513-533, p. 516.

17 BOYD, D. R.: "Constitutions, human rights and the environment: national approaches", en AA.VV.: *Research handbook on human rights and the environment* (edit. por GREAR, A. y KOTZÉ, L. J.), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2015, p. 172.

18 Albania, Alemania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Bielorrusia, Bulgaria, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Malta, Moldavia, Montenegro, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Rumanía, Rusia, San Marino, Serbia, Suecia, Suiza y Ucrania.

## I. La labor de Naciones Unidas

El reconocimiento de los derechos ambientales en el ámbito del derecho internacional ha sido un proceso lento, que comenzó en la década de los años 70 con la Declaración de Estocolmo<sup>19</sup> y culminó en el año 2010 con la creación en el seno de Naciones Unidas de la figura del Experto Independiente para los Derechos Humanos y el Medio Ambiente<sup>20</sup>, ahora Relator Especial tras la prórroga de su mandato en el año 2015<sup>21</sup>. Entre uno y otro hecho, se sucedieron dos grandes cumbres mundiales sobre el medio ambiente: la Declaración de Río de 1992<sup>22</sup> y la Declaración de Johannesburgo de 2002<sup>23</sup>, cada una de las cuales refleja una etapa distinta en la evolución del derecho ambiental y en el incremento de la preocupación mundial por la cuestión del medio ambiente. Más recientemente, se adoptó el Acuerdo de París de 2015<sup>24</sup>, que representa la unión de voluntades de la mayoría de los países del mundo acerca de la importancia de proteger y conservar el medio ambiente.

Como decimos, el proceso se inició en el año 1972 con la celebración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, cuyo fruto fue la Declaración de Estocolmo. La importancia de dicha conferencia no reside únicamente en los principios que se incorporaron a la Declaración, sino que además tiene un valor simbólico, en la medida en que refleja el surgimiento en la comunidad internacional de la preocupación sobre las cuestiones ambientales, así como un cambio en la concepción del medio ambiente, que pasa de considerarse un bien al servicio de las personas, para ser considerado un elemento inherente y necesario para la vida humana que, por ello, debe ser protegido.

La Declaración de Estocolmo fue el primer texto internacional que recogió el derecho de las personas al medio ambiente y por ello debe ser considerado el origen del renombrado derecho a disfrutar de un medio ambiente sano. En particular, el texto contiene 26 principios, así como el Plan de Acción para el Medio Humano, que incorpora 109 recomendaciones para que los Estados conviertan los principios de la Declaración en una realidad. Tales recomendaciones se clasifican

---

19 Declaración adoptada en la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano, celebrada en Estocolmo los días 5 al 16 de junio de 1972.

20 Resolución 19/10 del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 19 de abril de 2012, Doc.A/HR/RES/19/10.

21 Resolución 28/11 del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 7 de abril de 2015, Doc.A/HR/RES/28/11.

22 Declaración adoptada en la Conferencia de Naciones Unidas sobre medio ambiente y desarrollo, celebrada en Río de Janeiro los días 3 al 14 de junio de 1992.

23 Declaración adoptada en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible organizada por Naciones Unidas, celebrada en Johannesburgo los días 26 de agosto al 4 de septiembre de 2002.

24 Acuerdo adoptado el 12 de diciembre de 2015 en la 21ª Conferencia de las Partes de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, celebrada en París los días 30 de noviembre a 13 de diciembre de 2015.

en tres categorías: programa global de evaluación del medio ambiente, actividades de ordenación del medio y medidas internacionales de apoyo a las acciones de evaluación y ordenación.

El Principio I de la Declaración dispone que: "El hombre tiene derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras". Por su parte, el artículo 2 añade que debe preservarse los recursos naturales, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna, "en beneficio de las generaciones presentes y futuras".

Lo primero que debe destacarse es el carácter antropocéntrico del texto, en la medida en que la conservación y protección del medio ambiente se basa exclusivamente en el impacto que tiene sobre la vida humana. No puede olvidarse que, como se ha expuesto *supra*, la concepción predominante en materia ambiental en los inicios del siglo XX, sugería que el medio ambiente debía protegerse únicamente en cuanto reportaba un beneficio económico al ser humano. Por ello, a pesar del carácter que pueda presidir la Declaración de Estocolmo, no deja de ser un instrumento esencial en la evolución del derecho medioambiental y, en especial, del nacimiento de la concepción del medio natural como un derecho de las personas.

Si la Declaración de Estocolmo supuso el primer reconocimiento del derecho a un medio ambiente adecuado, la posterior Declaración de Río conllevó el surgimiento de los llamados derechos de acción ambiental, esto es, información, participación y acceso a la justicia. Este texto fue adoptado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre medio ambiente y desarrollo celebrada en Río de Janeiro en 1992 y contiene 27 principios. El Principio I incorpora una referencia al medio ambiente sano, cuando señala que "(los seres humanos) tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza". Pero, sin duda, la disposición más relevante se encuentra en el Principio X, el cual establece que los Estados deben garantizar a sus ciudadanos: a) Acceso a información en materia ambiental; b) Participación en la toma de decisiones; c) Acceso a procedimientos judiciales y administrativos para obtener el resarcimiento del daño.

Este Principio sirvió de base para el Convenio de Aarhus de 1998<sup>25</sup> que otorgó fuerza vinculante en Europa a los derechos de información, participación y acceso a la justicia ambiental, lo que, a su vez, conllevó la incorporación de los mismos en todos los ordenamientos jurídicos nacionales. El Convenio de Aarhus fue, a su vez,

25 Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, adoptada en Aarhus el 25 de junio de 1998, por la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa.

ratificado en conjunto por la Unión Europea<sup>26</sup>, de forma que lo que nació en 1992 como una declaración de derechos sin carácter vinculante, se convierte en un elenco de garantías ciudadanas de obligatorio cumplimiento para los Estados. En particular, en España dichos derechos se encuentran protegidos mediante la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

La evolución en el derecho internacional de los derechos humanos y el medio ambiente siguió su progreso, aunque hicieron falta otros veinte años para que se celebrase la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible en el año 2002, de la cual surgió la llamada Declaración de Johannesburgo, ciudad en la que tuvo lugar. La diferencia con las Declaraciones de Estocolmo y Río, es que este texto no proclama derechos ambientales, sino que pone de manifiesto que el deterioro ambiental y la contaminación afectan directamente a la dignidad de las personas, afirmación consonante con lo que la doctrina ya venía afirmando y es que una vida digna no puede desarrollarse sin un medio ambiente adecuado, conforme lo expuesto *supra*.

El último gran esfuerzo a nivel internacional es la adopción del Acuerdo del Clima de París de 2015, que refleja el primer acuerdo casi universal para detener el cambio climático mediante el compromiso firme de los Estados de adoptar medidas como la reducción de las emisiones. En dicho Acuerdo se ponen de manifiesto las obligaciones de los Estados en relación con el medio ambiente y los derechos humanos, tales como "el derecho a la salud, los derechos de los pueblos indígenas, las comunidades locales, los migrantes, los niños, las personas con discapacidad y las personas en situaciones vulnerables y el derecho al desarrollo, así como la igualdad de género, el empoderamiento de la mujer y la equidad intergeneracional."

Si en los primeros textos que se han referido, se hacía necesario proclamar expresamente la existencia de los derechos de carácter ambiental, en tanto que era la primera vez que aparecían, en el Acuerdo de 2015 se amplía ese contenido, dotando al medio ambiente de un carácter de universalidad, en la medida en que afecta a toda la humanidad, presente y futura, y ello es el motivo por el que debe ser protegido y garantizado para el desarrollo de las personas.

Como culminación de este proceso, no puede dejar de mencionarse la creación en el año 2012 de la figura del Experto Independiente para los Derechos Humanos y el Medio Ambiente, en el seno del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Conforme la resolución de su nombramiento, sus funciones principales son las siguientes: estudiar las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sano, sostenible y saludable, identificar y

26 Decisión del Consejo de 17 de febrero de 2005 sobre la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (2005/370/CE).

promover prácticas óptimas, elaborar un compendio con dichas prácticas y formular recomendaciones a los Estados. Entre las tareas llevadas a cabo desde su creación, cabe destacar la elaboración de informes anuales sobre las obligaciones de derechos humanos en relación con el medio ambiente sano, el envío de comunicaciones a distintos países sobre cuestiones ambientales y las visitas a diversos territorios para la realización de informes sobre la materia.

La importancia que reviste esta figura reside en que, más allá de las declaraciones de intenciones contenidas en los textos internacionales citados, supone la manifestación práctica y real en el seno de la organización internacional más importante del mundo, de la existencia de una estrecha relación entre medio ambiente y derechos humanos, que deriva en el reconocimiento de un derecho de los seres humanos a desarrollarse en un medio ambiente adecuado que debe ser protegido por los Estados. Es decir, la comunidad internacional ha tomado, por fin, conciencia de la necesidad de proteger el medio ambiente, no por el provecho económico que reporta, ni tampoco por ser un bien perteneciente a las personas, sino por ser un elemento esencial e inherente a la vida humana.

#### Instrumentos regionales de derechos humanos

Si descendemos al plano regional, observamos cómo los instrumentos de protección de derechos humanos también se han ocupado de los derechos ambientales, en particular, del derecho a un medio ambiente sano. En Europa, América y África existe una protección supranacional de tal derecho, bien por su inclusión directa en el texto convencional o bien por la interpretación que del mismo han realizados sus respectivos órganos de control.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>27</sup> es el único de los tres mecanismos regionales de derechos humanos que no protege explícitamente el derecho a un medio ambiente sano, ni ningún otro derecho de carácter ambiental. En el ámbito europeo ha sido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos quien se ha ocupado de consagrar la existencia de tal derecho, ligándolo a otros expresamente recogidos en el Convenio, como la vida, el respeto de la vida privada y familiar o la propiedad privada. Debido a la importancia de la jurisprudencia europea en la materia, le dedicaremos un epígrafe posterior:

Por el contrario, tanto la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>28</sup> como la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>29</sup>, recogen de forma

27 Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950 por el Consejo de Europa.

28 Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica.

29 Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, aprobada el 27 de julio de 1981, en la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya.



expresa el citado derecho ambiental, lo que confiere a los ciudadanos en su territorio de aplicación la posibilidad de invocar directamente ante los tribunales la lesión del derecho por la actuación de las autoridades gubernamentales.

Atendiendo a la nueva realidad derivada de la Declaración de Estocolmo, el Protocolo de San Salvador de 1988<sup>30</sup>, introdujo el derecho a un medio ambiente sano en el texto de la CADH, cuyo artículo 11 establece que "Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos", añadiendo la obligación de los Estados de promover la protección, preservación y mejora del medio ambiente.

Ante la falta de definición del concepto de medio ambiente sano en el texto de la Convención, así como de las obligaciones de los Estados, ha sido la Corte Interamericana de Derechos Humanos quien ha llevado a cabo la interpretación de su contenido. En este sentido, destaca la sentencia dictada en el caso Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay<sup>31</sup>, que tiene su origen en la reclamación por parte de la comunidad indígena de las tierras de que fueron despojados sus habitaciones para su privatización y ocupación para explotación ganadera. Como señala la Corte, el derecho a la vida no se agota en la prohibición básica de privar a alguien de su vida, sino que alcanza el derecho a disfrutar de unas condiciones compatibles con la dignidad humana, lo que además se traduce en una obligación positiva del Estado de garantizar tales condiciones mínimas. Partiendo de dicha relación, conecta dichos derechos con otros como la salud o la alimentación, entre los que incluye el derecho a un medio ambiente sano del artículo 11 del Protocolo.

En un sentido similar, el artículo 24 de la CADHP dispone que "todos los pueblos tendrán derecho a un entorno general satisfactorio favorable a su desarrollo". Por lo que respecta a la interpretación de dicho precepto, resulta muy interesante la resolución de la Comisión Africana de Derechos Humanos en el asunto SERAC c. Nigeria<sup>32</sup>, en tanto que determina las obligaciones que el mismo impone a los Estados. Así, establece la Comisión que para garantizar la vigencia del derecho a un medio ambiente favorable, las autoridades gubernamentales deberán: adoptar las medidas necesarias para prevenir la contaminación y la degradación ambiental, así como para promover la conservación y asegurar un desarrollo sostenible; supervisar y monitorizar las zonas en riesgo; imponer la obligación de elaborar informes ambientales previos a cualquier actividad industrial; proporcionar información a los ciudadanos potencialmente afectados y otorgarles la posibilidad de participar en las decisiones que afecten a sus comunidades. Dichas obligaciones serán exigibles

30 Protocolo Adicional a la CADH en materia de derechos económicos, sociales y culturales, "Protocolo de San Salvador", adoptado en fecha 17 de noviembre de 1988.

31 Sentencia CIADH Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay, sentencia de 17 de junio de 2005.

32 Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) c. Nigeria, Núm. 155/96, 27 de octubre de 2001.

aun cuando el causante de la infracción sea una entidad privada, postura que, como ahora se verá, es coincidente con la mantenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En definitiva, existen dos instrumentos regionales de derechos humanos que recogen el derecho a un medio ambiente sano como un derecho autónomo, susceptible de invocación directa por los particulares ante sus órganos de control. Esto supone un gran avance en la protección ambiental, en la medida en que su vulneración no se hace depender de otros derechos, al contrario de lo que ocurre en el caso europeo, en el cual, como veremos, debido a su falta de protección expresa, se exige que otro derecho positivado en el Convenio sea lesionado para poder invocar el derecho a un medio ambiente sano.

#### IV. MEDIO AMBIENTE EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

Como ya se ha adelantado, el Tribunal de Estrasburgo ha vinculado el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado con distintos derechos humanos expresamente recogidos en el Convenio. Así pues, existe una extensa jurisprudencia que concreta en qué supuestos podrá entenderse lesionado un derecho fundamental en relación con el medio en el que se desarrolla la persona, a partir del análisis de tres elementos fundamentales: el grado de cumplimiento del Estado con las obligaciones positivas dimanadas del Convenio, las circunstancias concurrentes en el caso concreto y el derecho fundamental presuntamente infringido.

Como ahora veremos, de la jurisprudencia del TEDH se desprende que, aun cuando el CEDH guarda silencio, para el Tribunal sí que existe un derecho a un medio ambiente saludable y libre de injerencias que debe ser protegido, aun cuando se haga de forma indirecta a través de los derechos a la vida, a la protección de la vida privada y familiar y a la propiedad privada.

La consecuencia de este reconocimiento es el nacimiento de las obligaciones negativas y positivas para los Estados, siendo las primeras aquellas inherentes al propio CEDH que prohíben a los Estados injerencias en los derechos fundamentales<sup>33</sup>, y las segundas, las obligaciones de adoptar las medidas necesarias para salvaguardar un derecho o, al menos, las medidas razonables y apropiadas para dicho fin.<sup>34</sup> Estas últimas, como veremos a continuación, podrán ser, a su vez, sustantivas o procesales. Las sustantivas exigen a los Estados el establecimiento de normativas específicas y la regulación de aquellas actividades de las que pueda resultar un riesgo para los derechos de las personas. Por su parte, las procesales establecen el deber estatal de proporcionar información a los ciudadanos sobre las actividades que supongan

33 AKANDJI-KOMBE, J.: *Positive obligations under the European Convention on Human Rights: A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg, 2007, p. 5.

34 STEDH López Ostra c. España, núm. 16798/90, 9 de diciembre de 1994.

un riesgo para sus derechos, así como de poner a su disposición los mecanismos judiciales o administrativos pertinentes para poder determinar las responsabilidades correspondientes en caso de que se llegue a producir una lesión en los derechos protegidos.

## I. Derecho a la vida

Atendiendo a la estrecha conexión que el derecho a la vida, protegido en el artículo 2 CEDH, guarda con el medio ambiente, el Tribunal de Estrasburgo ha definido una serie de obligaciones que corresponden a los Estados y cuyo fin es salvaguardar el bien jurídico más inherente al ser humano. Así, ante una situación en que esté en riesgo la vida de las personas, los Estados deberán comprobar que existe un marco normativo adecuado, proporcionar información a los ciudadanos sobre los posibles riesgos y, si el daño ya se ha producido, verificar si se han adoptado o puesto a disposición del afectado los procedimientos apropiados para obtener un resarcimiento y si existe un adecuado sistema judicial que garantice una investigación independiente, efectiva e imparcial.

Así pues, un elemento clave para exigir responsabilidad al Estado por la lesión del artículo 2 CEDH reside en su conocimiento del riesgo existente para la vida de las personas,<sup>35</sup> aun cuando se trate de un riesgo proveniente de una catástrofe natural y, por tanto, ajeno a toda actividad humana pública o privada<sup>36</sup>. Será en ese momento cuando nazca la obligación de informar a los ciudadanos de dicho riesgo y adoptar las medidas que sean necesarias para salvaguardar su vida. Además, una vez producido el accidente, el Estado tiene la obligación de investigar de forma efectiva y de castigar conforme a su gravedad.<sup>37</sup> Dicha investigación tiene que permitir conocer las concretas circunstancias en que se produjeron los hechos, así como identificar a quiénes tuvieron algún grado de responsabilidad en la cadena de acontecimientos.<sup>38</sup>

En definitiva, un Estado que conoce el riesgo existente está obligado a adoptar y llevar a cabo todas las medidas que sean necesarias para evitar que tal riesgo se materialice, y si el mismo llega a producirse, debe investigarse adecuadamente la pérdida de vidas, asegurando un proceso que cumpla con los requisitos de eficacia, independencia e imparcialidad y que culmine, en su caso, con la imposición de una pena a los responsables acorde al daño causado.

35 Entre otras: STEDH Öneriyıldız c. Turquía, núm. 48939/99, 30 de noviembre de 2004; STEDH L.C.B. c. Reino Unido, núm. 14/1997/798/1001, 9 de junio de 1998.

36 Entre otras: STEDH Budayeva y otros c. Rusia, núm. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 y 15343/02, 20 de marzo de 2008; STEDH Özel y otros c. Turquía, núm. 14350/05, 15245/05 and 16051/05, 17 de noviembre de 2015.

37 COUNCIL OF EUROPE: *Manual on Human Rights and the Environment*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2012, 2<sup>nd</sup> edition, p. 39.

38 *Ibidem*.

## 2. Derecho al respeto de la vida privada y familiar

El derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 CEDH es el derecho que más frecuentemente se ve afectado por cuestiones medioambientales, según lo ha entendido el Tribunal de Estrasburgo. Existe abundante jurisprudencia en la que una perturbación del medio en el que la persona desarrolla su vida diaria, se ha interpretado como una violación del artículo 8 CEDH. El daño podrá venir de diversas fuentes, como olores, ruidos, emisiones o contaminación ambiental en general, y se considerará responsable al Estado cuando éste falle en sus obligaciones de garantizar al individuo el disfrute de su vida privada y familiar; esto es, en la adopción de medidas para evitar o reducir el daño y la obligación de proporcionar información sobre los riesgos existentes o futuros.<sup>39</sup>

El Tribunal también ha considerado responsable al Estado de violar el artículo 8 CEDH cuando no adopta las medidas necesarias para asegurar que los afectados reciban información pertinente sobre los riesgos, aunque la encargada de proporcionar la información sea una compañía privada.<sup>40</sup> Por tanto, el Estado podrá ser responsable por omisión aun cuando sea una entidad privada la que provoque, directa o indirectamente, la lesión en el derecho de las personas.

En materia de contaminación ambiental por emisiones de olores, gases y humos perjudiciales derivados de actividades industriales, el Tribunal impone a los Estados la necesidad de llevar a cabo lo siguiente: a) realizar un balance entre los intereses de la comunidad y los intereses individuales de los afectados; b) evaluar el riesgo, controlar, legislar y autorizar aquellas actividades industriales de carácter peligroso que se desarrollen en el espacio de su competencia; y c) adoptar todas las medidas que sean necesarias para minimizar el riesgo existente para las personas derivado de la contaminación industrial.<sup>41</sup>

Menos exigentes son los requisitos en el caso de la contaminación por ruido, pues aunque la jurisprudencia del Tribunal subraya la necesidad de realizar un adecuado balance entre los intereses de la comunidad y los derechos de los particulares,<sup>42</sup> suele declarar que no se ha violado el Convenio en aquellos casos en que el interés económico de la comunidad no puede ceder ante los derechos individuales y no existe otro modo de hacerlos ambos compatibles, como es el caso de los ruidos provenientes de aeropuertos internacionales.<sup>43</sup>

39 Entre otras: STEDH Guerra y otros c. Italia, núm. 116/1996/735/932, 19 de febrero de 1998; STEDH Brincat y otros c. Malta, núm. 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 y 62338/11, 24 de julio de 2014.

40 STEDH Vilnes y otros c. Noruega, núm. 52806/09 y 22703/10, 5 de diciembre de 2013.

41 Entre otras: STEDH López Ostra c. España, núm. 16798/90, 9 de diciembre de 1994; STEDH Fadeyeva c. Rusia, núm. 55723/00, 3 de noviembre de 2005; STEDH Titar c. Rumanía, núm. 67021/01, 27 de enero de 2009.

42 Entre otras: STEDH Deés c. Hungría, núm. 2345/06, 9 de noviembre de 2010; STEDH Bor c. Hungría, núm. 50474/08, 18 de junio de 2013; STEDH Moreno Gómez c. España, núm. 4143/02, 16 de noviembre de 2004.

43 STEDH Powell y Rayner c. Reino Unido, núm. 9310/81, 21 de febrero de 1990.

En definitiva, en cuanto al artículo 8 CEDH, lo relevante será que el Estado pondere el perjuicio que se causa a los particulares frente al beneficio que conlleva para la sociedad en general, debiendo siempre tratar de minimizar dicho perjuicio, cuando no sea posible su eliminación, a través de medidas de control y legislación.

### 3. Derecho a la protección de la propiedad privada

Por último, como derecho ligado directamente al disfrute de un medio ambiente saludable y libre de injerencias, encontramos el derecho a la protección de la propiedad privada recogido en el artículo 1 del Protocolo Adicional núm. 1 al CEDH. La relación entre ambos derechos se proyecta en un doble sentido: por un lado, la propiedad puede verse dañada como consecuencia de un daño ambiental y, por otro, puede ocurrir que la protección del medio ambiente justifique una restricción en dicho derecho. En efecto, se protege a las personas físicas y jurídicas frente a injerencias arbitrarias en sus posesiones, pero se reconoce facultades al Estado para controlar el uso de las mismas o incluso privar de ellas a sus titulares bajo determinadas condiciones que el propio artículo recoge, como puede ser el interés general en la protección del medio ambiente.<sup>44</sup>

Volviendo a lo que aquí nos ocupa, puede ocurrir que el disfrute de la propiedad privada se vea lesionado como consecuencia de acontecimientos naturales o acciones humanas que supongan, a su vez, ataques al medio ambiente. En este sentido, los Estados tienen la obligación de proteger el adecuado disfrute de la propiedad privada, particularmente cuando exista relación directa entre las medidas que las personas pueden legítimamente esperar de las autoridades y el disfrute efectivo de sus posesiones. Tal obligación se hace exigible en el caso de desarrollo de actividades peligrosas y, en menor medida, cuando se produce una catástrofe natural.<sup>45 46</sup> El Estado deberá realizar un balance apropiado entre los derechos e intereses generales y los particulares, adoptando a su vez las medidas oportunas para evitar o minimizar los daños sobre la propiedad privada, especialmente si el origen de la injerencia es la acción humana y se podía haber previsto. En cualquier caso, el nivel de exigencia siempre será inferior al que veíamos en relación con el derecho a la vida, e incluso con la protección de la vida privada y familiar.

## V. CONCLUSIONES

Tal y como se ha puesto de manifiesto, el derecho a un medio ambiente sano es ahora una realidad en los ordenamientos nacionales e internacionales, consecuencia

44 GRCIC, A. y otros.: *The right to property under the European Convention on Human Rights: A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights and its protocols*, Council of Europe, Strasbourg, 2007, p. 5.

45 COUNCIL OF EUROPE: *Manual on Human Rights*, cit. p. 71.

46 Entre otras: STEDH Budayeva y otros c. Rusia, núm. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 y 15343/02, 20 de marzo de 2008; STEDH Öneriyıldız c. Turquía, núm. 48939/99, 30 de noviembre de 2004.

necesaria de la evolución en la concepción del medio ambiente. Dicho derecho se ha erigido como un bien jurídico esencial para la vida humana que, ligado de forma intrínseca a la dignidad, garantiza que las personas puedan desarrollarse en un ambiente adecuado y saludable que permita la satisfacción de las necesidades básicas, tales como la vida, la salud, la alimentación o la vivienda, entre otras. Su desarrollo normativo ha tenido lugar a nivel regional y nacional, principalmente. En efecto, los tres grandes mecanismos de protección de los derechos humanos -europeo, americano y africano- reconocen la existencia de un derecho humano al medio ambiente, aun cuando en el caso europeo no esté expresamente recogido en el Convenio, sino que ha sido el Tribunal de Estrasburgo quien lo ha dotado de contenido, a partir de su vinculación con los derechos a la vida, al derecho al disfrute de la vida personal y familiar y a la propiedad privada, entre otros.

Atendiendo a la doctrina del TEDH en la materia, podemos afirmar que se ha configurado un modelo de responsabilidad estatal por daños ambientales, para cuya exención los Estados deberán llevar a cabo una serie de actuaciones que se vinculan con el deber general de los Estados de protección de sus ciudadanos, deber en el cual debe incluirse necesariamente la salvaguarda del medio en el que se desarrolla la vida humana, por su estrecha conexión con otros derechos humanos como la vida, la vida privada y familiar o la propiedad privada. Estos deberes estatales, conocidos como obligaciones positivas, pueden tener carácter sustantivo o procesal, siendo las primeras, aquellas relativas al establecimiento de regulación en la materia, mientras que las segundas consisten en garantizar a los ciudadanos los mecanismos judiciales y administrativos pertinentes para la defensa de sus derechos en materia ambiental.

Del estudio de la anterior jurisprudencia, puede deducirse que la posibilidad de incluir el derecho a un medio ambiente sano como un derecho autónomo en el CEDH, parece cada día más cercana o, al menos, más justificada, aun cuando veámos que parte de la doctrina niega que esto sea posible, debido a su interdependencia con otros derechos. En todo caso, lo cierto es que esta discusión no se ha limitado al ámbito doctrinal, sino que entre los años 1999 y 2009, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa emitió una serie de recomendaciones para la inclusión del derecho a un medio sano en el CEDH, a través de un protocolo adicional.<sup>47</sup> Las citadas propuestas no se limitaban a la incorporación del derecho sustantivo a un medio adecuado, sino que consideraban que también debían incluirse los derechos de información, participación y acceso a la justicia ambiental. Si bien dichas propuestas aún no se han materializado, no puede ignorarse la posibilidad de ver en un futuro el medio ambiente sano entre el acervo de derechos humanos garantizados por el Convenio.

---

47 Recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa N° 1431 (1999), N° 1614 (2003) y N° 1885 (2009).

Esta inclusión del derecho en el CEDH supondría la culminación de un proceso que, como hemos ido viendo a lo largo del presente trabajo, se inició en la década de los años 70 gracias a la Declaración de Estocolmo, que proclamaba por primera vez la existencia de un derecho humano a desarrollarse en un medio ambiente sano, y ha continuado en desarrollo hasta nuestros días. Y es que, aunque en un primer momento hubo que realizar un gran esfuerzo porque los derechos ambientales se materializaran, en la actualidad ninguna duda cabe de que el medio ambiente debe ser protegido, no solamente por su propia importancia, sino, incluso adoptando una postura decididamente antropocéntrica, por su injerencia en la vida y desarrollo humano, tanto de las generaciones presentes como de las futuras.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

AKANDJI-KOMBE, J.: *Positive obligations under the European Convention on Human Rights: A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg, 2007, p. 5.

BORILLO, D.: "Delitos ecológicos y derecho represivo del medio ambiente: reflexiones sobre el derecho penal ambiental en Europa", *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, núm. 3 (1), 2011.

BORRÁS PENTINAT, S.: "Del derecho humano a un medio ambiente sano al reconocimiento de los derechos de la naturaleza", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100, 2014, 649-680.

BOYD, D. R.: "Constitutions, human rights and the environment: national approaches", en AA.VV.: *Research handbook on human rights and the environment* (edit. por GREAR, A. y KOTZÉ, L. J.), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2015.

DÉJEANT-PONS, M. y PALLEMAERTS, M.: *Human Rights and the Environment*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2002.

FERRETE SARRIA, C.: "El derecho humano a un medio ambiente sano en el Tratado de la Constitución para Europa", *Recerca: revista de pensament i anàlisi*, núm. 6, 2006, 141-156.

GRGIC, A. y otros.: *The right to property under the European Convention on Human Rights: A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights and its protocols*, Council of Europe, Strasbourg, 2007.

JUSTE RUÍZ, J., y CASTILLO DAUDÍ, M.: *Derecho del medio ambiente. La protección del medio ambiente en el ámbito internacional y en la Unión Europea*, Psylicom Distribuciones Editoriales, Valencia, 2012, 2ª edición.

VERNET I LLOBET, J. y JARIA I MANZANO, J.: "El derecho a un medio ambiente sano: su reconocimiento en el constitucionalismo comparado y en el derecho internacional", *Teoría y realidad constitucional*, núm. 20, 2007, 513-533.





LA PARTICIPACIÓN DEL MENOR EN LA AUDIENCIA DE  
EXPLORACIÓN

*THE CHILD'S PARTICIPATION IN THE HEARING*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 570-585*



J. Harry  
CLAVIJO  
SUNTURA

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 3 de mayo de 2017

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de junio de 2017

**RESUMEN:** El trabajo se encuentra orientado a realizar un análisis sobre la participación del niño en la audiencia de exploración en la legislación española. En ese marco, a manera de introducción se realiza una breve exploración sobre el tema, luego de ello, se efectúa un estudio sobre cuándo se debe oír al menor, asimismo, se analiza la forma de realizar la audiencia. En ese sentido, se explora la participación de varias personas en la audiencia de exploración y la forma de constancia de la audiencia, igualmente, se analiza quién debe determinar la obligatoriedad de la audiencia y se estudia la importancia de la participación directa del menor, así como la función de los especialistas. Se concluye el trabajo, resaltando en que si bien el menor tiene derecho a ser oído no existe una norma que indique cómo se debe llevar a cabo este proceso.

**PALABRAS CLAVE:** Participación, menor, audiencia, legislación española.

**ABSTRACT:** The paper is aimed at giving an analysis of the child's participation in the hearing in the Spanish legal system. After a brief general introduction to the subject follows an account on when to hear to the child and how to conduct the hearing, also in the sense of who is to take part in the hearing and of the form of recording the hearing. It is also laid out who should determine the necessity of the hearing and decide on the direct participation of the child, as well as the role of experts. The study concludes emphasizing that although the child has the right to be heard there is no fixed rule that indicates how this process should be carried out.

**KEY WORDS:** Participation, child, hearing, Spanish legal system

**SUMARIO.-** I. INTRODUCCIÓN.- II. LA INTERVENCIÓN DEL MENOR.- III. FORMA DE CELEBRAR LA AUDIENCIA.- IV. PARTICIPACIÓN DE VARIAS PERSONAS EN LA AUDIENCIA DE EXPLORACIÓN.- V. FORMA DE CONSTANCIA DE LA AUDIENCIA.- VI. LA OBLIGATORIEDAD DE LA AUDIENCIA PARA APROBAR EL CONVENIO.- VII. LA PARTICIPACIÓN DIRECTA DEL MENOR Y LA FUNCIÓN DE LOS ESPECIALISTAS.- VIII. CONCLUSIONES. IX. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

Se tiene que partir del principio de participación del niño/menor<sup>1</sup> que el derecho le reconoce mediante la libertad de expresión en los temas que le atañen en función a su edad y madurez como ser la libre opinión de sus deseos, creencias, y sentimientos. De esta manera, el menor ante la sociedad es considerado como sujeto autónomo, con capacidad para ejercer sus derechos activamente de forma progresiva con el objetivo de contribuir a su formación<sup>2</sup>

En ese marco, se debe resaltar que en algunos menores más que en otros se corre el riesgo de que su participación en el proceso conlleve secuelas negativas en su desarrollo<sup>3</sup>. De esta afirmación surge la interrogante de ¿Cómo se debe actuar? O si es conveniente ¿Dejar que otros decidan por él?

Este es un tema álgido que la reforma de la ley del Divorcio de 2005<sup>4</sup>, no ha resuelto, habiéndose limitado el legislador a dejar sin efecto el carácter obligatorio de la audiencia del menor y fijando su realización a casos estrictamente necesarios, que deben ser valorados por el Juez. Siendo así, que en procesos contenciosos será más frecuente su celebración que en los supuestos de acuerdo entre progenitores

- 1 Se debe aclarar que en la legislación española se utiliza el término "menor", no así en los países de Sudamérica y Centroamérica donde prepondera la utilización del término "niño". En el desarrollo del presente trabajo se utilizará el término menor toda vez que se analiza la legislación española.
- 2 PACHECO DE KOLLE, S.: *Derechos de la Niñez y Adolescencia, teoría y práctica*, Alexander, Cochabamba-Bolivia, 2004, pp. 19 y 88.
- 3 Vid. LORCA NAVARRETE, A. M. y DENTICI VELASCO, N. M.: *La regulación de la separación y el divorcio en la nueva "Ley de Divorcio" de 2005 con especial referencia a la mediación familiar*, Instituto Vasco de Derecho Procesal (IVADP), San Sebastián, 2005, p. 62.
- 4 Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

### • J. Harry Clavijo Suntura

Es Profesor de Derecho Civil de la Universidad Técnica del Norte de Ibarra-Ecuador, Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, fue investigador visitante del Instituto Iberoamericano de Salamanca, realizó estancias de investigación en el Instituto Iberoamericano de Berlín, así como en el Instituto Alemán de Derechos Humanos, igualmente fue responsable de Prevención de Blanqueo de Capitales del grupo Global Exchange en España y sus filiales. Correo electrónico: jhclavijo@utn.edu.ec

vía convenio regulador. Por otra parte, cabe preguntarse ¿Cuándo el menor tiene suficiente juicio? El hecho de que éste cuente con 12 años no es garantía para acreditar su madurez. Asimismo, tampoco el legislador ha previsto el modo en que la audiencia se llevará a cabo, existiendo diferentes posturas; primero, que la exploración sea tomada por un experto, y que tanto el Juez como las partes a través de espejos unidireccionales, o grabaciones de imagen y sonido puedan seguir su desarrollo, segundo, que el equipo de especialistas tenga a su cargo la audiencia, con participación excepcional del Juez, no obstante, esto puede limitar la espontaneidad e intimidar al menor. Sumado a ello, otro tema de discordia se evidencia en la forma de constancia de la audiencia, aconsejándose una relación detallada que no inmiscuya a los hijos en los problemas de sus padres<sup>5</sup>.

En el desarrollo del trabajo, se analizará en primer término ¿Cuándo se debe oír al menor? Luego de ello, se estudiará la forma de celebrar la audiencia, de forma posterior, se valorará la participación de varias personas en la audiencia de exploración, y la forma de constancia de la audiencia, asimismo, se explorará ¿Quién debe determinar la obligatoriedad de la audiencia? Igualmente, se analizará la importancia de la participación directa del menor, así como el rol de los especialistas, y por último, se realizarán las conclusiones del trabajo en base a lo analizado.

## II. LA INTERVENCIÓN DEL MENOR

Con referencia a la sujeción por parte del legislador a oír al menor en casos estrictamente necesarios, este adopta una posición intermedia, -no se obliga pero tampoco se rechaza la intervención del menor-, así, el inciso 2 del artículo 92 del Código Civil (CC), reconoce expresamente el derecho que éste tiene a ser oído, pero ni esta regulación, ni tampoco el inciso 6 del mismo artículo, citan el interés del menor como condición para tomar la determinación de oír al menor. Pese a ello, en caso de ser oído su intervención se constituye en un indicio que si bien no es vinculante, puede constituirse en la piedra fundamental que haga prevalecer su voluntad, especialmente cuando las partes no aporten suficientes pruebas que coadyuven a la solución del problema<sup>6</sup>.

Asimismo, Martínez Gallego<sup>7</sup> con relación al inciso 6 del art. 92 del CC español, que establece que: “el Juez en todo caso antes de decidir la custodia de los hijos

5 Vid. ARANGUENA FANEGO, C. y RODRÍGUEZ MERINO, A.: “Comentarios a la disposición final primera de la Ley 15/2005”, en GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (Dir.): *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio, Ley 15/2005, de 8 de julio*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 349-361. Las mismas deficiencias menciona SERRANO ALONSO, E.: “De las relaciones paterno-filiales”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (Coord.): *Comentario del Código Civil*, 2ª ed. Bosch, Barcelona, Tomo II, 2006, p. 446.

6 Vid. LORCA NAVARRETE, A. M. y DENTICI VELASCO, N. M.: *La regulación de la separación y el divorcio en la nueva “Ley de Divorcio” de 2005 con especial*, cit., pp. 45, 46 y 49.

7 MARTÍNEZ GALLEGU, E. M<sup>º</sup>: “Las recientes reformas del Derecho de Familia”, en FIGUERUELO BURRIEZA, A. E IBAÑEZ MARTÍNEZ, M<sup>º</sup>. L. (Eds.): *El Reto de la efectiva igualdad de oportunidades*, Comares, Granada, 2006, pp. 264-265. De

deberá oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio, a requerimiento del Fiscal, a petición de la partes, del propio menor o miembros del Equipo Técnico Judicial”, oportunamente sostiene que dicha redacción transgrede la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) de 1996<sup>8</sup>, pues, conculca el derecho que tienen los menores a ser oídos en el caso que tengan más de doce años, al haberse condicionado por parte del legislador en la reforma de 2005 la celebración de la audiencia a casos estrictamente necesarios o a petición de los sujetos procesales que actúan como partes en el proceso judicial.

Si bien el hecho de tener doce años no garantiza que el menor tenga suficiente juicio, no se puede establecer otro criterio concluyente para determinar o limitar su participación en el proceso, a menos que tenga una enfermedad mental o impedimento físico que impida su desenvolvimiento normal ante una situación de separación o divorcio.

Sobre el tema, el profesor Alonso Pérez<sup>9</sup> de forma acertada señala que: “se ha convertido en un derecho inherente al menor, que le acompañara siempre, tanto en situaciones procesales que le impliquen indirectamente, como cuando se adopten decisiones que afecten a su esfera personal, familiar y social”.

En este caso hay que recordar que el menor se encuentra en una situación de crisis familiar que afecta directamente a su formación y desarrollo, por lo tanto, la participación del menor se torna ineludible para analizar su futuro.

Esto no significa que el criterio del menor por el solo hecho de tener doce años tenga que ser cumplido, sino que sea tomado en cuenta previa valoración de los acontecimientos que propiciaron la ruptura de la estructura familiar funcional<sup>10</sup>.

Igualmente, el inciso 4 del artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), establece que se tiene que oír al menor cuando tenga suficiente juicio y en todo caso cuando haya cumplido 12 años, en lo que concierne a la forma de realizar la audiencia se limita a señalar que deben existir condiciones idóneas y que no se presenten interferencias de otras personas, siendo conveniente recabar el auxilio

---

igual manera BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coordinador): *Comentarios al Código Civil*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2006, p. 215, sostiene que: “Esta norma supone un importante paso atrás en comparación con el derecho anterior, pues antes había que oír necesariamente al mayor de doce años y al menor de esa edad si tenía juicio suficiente (viejo art. 92. II)”.

8 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

9 ALONSO PÉREZ, M.: “La situación jurídica del menor en la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Luces y sombras”, *Actualidad Civil*, núm. 2, 6-12 de enero de 1997, p. 25.

10 En el mismo sentido se pronuncia la SAP Palma de Mallorca (Sección 4ª) 20 marzo 1992. Por otro lado, la STS 25 junio de 1994 (RJ 1994, 6502) sostiene que el menor tiene derecho a ser oído siempre que tenga suficiente juicio, sin que se haga mención a una determinada edad.

de especialistas en casos estrictamente necesarios<sup>11</sup>. De igual forma, el inciso 5 del artículo 777 de la LEC, es reiterativo en lo que atañe a la facultad de oír al menor cuando tenga suficiente juicio o cuando se estime necesario, pero en ambas disposiciones el legislador se abstiene de hacer referencia al interés del menor.

Así pues, se aprecia que en lugar de haberse esclarecido las controversias, existen más dudas sobre el tema, pese a ello, la audiencia de exploración al menor tiene vital importancia para decidir lo que es mejor para él<sup>12</sup>.

### III. FORMA DE CELEBRAR LA AUDIENCIA

*A priori* no se puede establecer una forma concreta para celebrar la audiencia de exploración, tomando en cuenta que los menores son personas diferentes uno del otro, del mismo modo que las situaciones de separación y divorcio son heterogéneas. En ese marco, se tiene que preponderar exclusivamente en satisfacer el interés del menor, mediante una valoración y análisis individual de cada caso, y para que esto ocurra se debe recurrir al ingenio y creatividad de los Administradores de Justicia y los equipos de especialistas adscritos a los juzgados.

La utilización de medios audiovisuales puede coadyuvar a descifrar la voluntad y sinceridad del menor en su declaración, sin que se corra el riesgo de violar su intimidad, por cuanto las grabaciones tienen que sujetarse a realizar únicamente una exploración en concordancia con el objetivo de la audiencia, y de ninguna manera debe consistir en someter al menor a un seguimiento constante sobre todas sus actuaciones.

En cuanto a la utilización de estos medios, dependiendo del ámbito espacial y del lugar de aplicación se puede tener problemas de tipo económico en lo que se refiere a la adquisición de dichos aparatos.

De ser así, las Autoridades Judiciales tienen que adecuarse a las circunstancias, sin que por ello esta limitación se convierta en pretexto para restringir la participación del menor en la audiencia.

---

11 Sobre el inciso 9 del art. 92 del CC y el art. 770.4 III de la LEC, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 215, sostiene que en la exploración de los menores a diferencia del derecho de audiencia que a éste le corresponde, el menor interviene en el proceso judicial para ser sometido mediante un análisis material o psicológico a una prueba pericial.

12 En ese marco, la STC 152/2005, de 6 de junio (RTC 2005/152), sostiene que la falta de audiencia del menor en un proceso judicial, en situaciones donde legalmente sea exigible dicho derecho vulnera la tutela judicial efectiva, en ese sentido, el Juez debió haber oído a los dos menores, antes de decidir la aplicación del régimen de custodia. En la misma línea, la STS 7 de marzo de 2017 (157/2017) señala que: antes de determinar la guarda y custodia de los hijos, se debe oír al menor de forma adecuada preservando su intimidad y de acuerdo a su desarrollo evolutivo. De igual forma, la STS 20 octubre de 2014 (536/2014) determina que en lo referente a la asignación de la guarda y custodia, el menor debe ser oído de acuerdo a su madurez y cuando tenga suficiente juicio, e igualmente siempre y cuando sea mayor de 12 años. En el mismo sentido se pronuncia la STS 20 de octubre de 2014 (413/2014).

No obstante, un sector de la doctrina señala las siguientes pautas básicas a tener en cuenta al momento de llevar a cabo la exploración del menor: establecer un buen contacto inicial con el menor; sondear lo que espera éste al acudir al Juzgado, mantener el secreto de ciertos contenidos de la exploración, especialmente si el menor lo ha solicitado, obtener una información general de su pensamiento, informarle sobre la neutralidad de la actuación del Juez, y evitar preguntas directas como por ejemplo con cuál de los padres prefiere vivir<sup>13</sup>.

Sin duda, son premisas necesarias que se deben tomar en cuenta al momento de la exploración del menor con la finalidad de lograr que el resultado de dicha audiencia sea positivo para determinar y precautelar el *bonus filii*.

#### IV. PARTICIPACIÓN DE VARIAS PERSONAS EN LA AUDIENCIA DE EXPLORACIÓN

La presencia de varias personas en la audiencia de exploración al menor; si bien facilitaría la labor del Juez, también puede dificultar la participación del hijo al verse afligido por encontrarse en dicha situación. Lo aconsejable es que este se encuentre durante la audiencia libre de presión. En ese marco, las Autoridades Judiciales de forma conjunta con los equipos psicoasistenciales deben procurar que la exploración se lleve a cabo de la manera más distendida posible, haciendo que el menor pueda expresar sus ideas y sus deseos sin que se sienta culpable de lo que está aconteciendo a su alrededor<sup>14</sup>.

Es decir, el menor no debe sentirse condicionado a las circunstancias a emitir una opinión parcializada, sino que debe actuar de manera espontánea y libre cual si fuera una conversación habitual, no obstante es aconsejable que exista la presencia de un psicólogo<sup>15</sup>.

Esta postura se constituye en una alternativa, tomando en cuenta que el menor tiene que sentirse relajado y en un ambiente de tranquilidad cuando se lleve a cabo la audiencia, en este supuesto el domicilio familiar es el lugar adecuado para reemplazar al recinto judicial y en caso de ser desaconsejable su utilización

13 Siguiendo a PÉREZ SALAZAR-RESANO, M.: "Patria Potestad", en GONZÁLEZ POVEDA, P. y GONZÁLEZ VICENTE, P. (Coords.): *Tratado Derecho de Familia, Aspectos sustantivos y procesales*, Sepín, Madrid, 2005, p. 206.

14 En ese sentido, VARELA GARCÍA, C.: "Comentarios a la Ley Orgánica 1/ 1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor: principios programáticos y normas de conflicto", en *Actualidad Civil*, núm. 12/ 17-23 de marzo de 1997, pp. 78-79, sostiene que: "No existen reglas para la forma de la clase de prueba relativa a oír al hijo menor de edad. Es apropiado el rompimiento de cualquier molde solemne para su práctica: nada de pliegos de preguntas, fuera las formulas arcaizantes, evitación terminante de togas, olvido de vocablos forenses. Se impone una circunstancia de confianza, por lo que se eliminarán los rigorismos formales. Para facilitar la comunicación, es idóneo que el Juez y el explorado se encuentren en idéntico plano: sobra la separación impuesta por la mesa del despacho. Lo ideal sería la presencia dual; el Juzgador y el entrevistado... Los padres nunca deben observar el desarrollo de la diligencia; tampoco los abogados y los procuradores de los tribunales. Conviene la máxima discreción en la misma mediación del secretario judicial".

15 Vid. BANDERA M.: "Opinión del menor", en el magazine del periódico *La Vanguardia* de 17 de octubre de 2004.



por asociarse a situaciones de maltrato o violencia intrafamiliar, es aconsejable procurar la creación de un ambiente alternativo que reúna las condiciones para realizar la exploración al menor.

## V. FORMA DE CONSTANCIA DE LA AUDIENCIA

Ciertamente, es conveniente no inmiscuir al menor en los conflictos de sus progenitores, pero el tema de la custodia ineludiblemente debe ser analizado de forma conjunta –menor, padres, Juez, Fiscal, abogados litigantes y especialistas-, en ese sentido, es necesario la elaboración de una relación detallada de su contenido porque sino, se corre el riesgo de que el Juez realice una interpretación arbitraria que produzca indefensión en una de las partes y lo que es más grave pueda verse perjudicado el menor<sup>16</sup>.

De igual manera, es conveniente que exista una relación detallada de la audiencia de exploración al menor, para comprobar si durante el desarrollo de la audiencia el menor ha actuado libre y espontáneamente, o si ha sido influenciado por el o los sujetos exploradores.

## VI. LA OBLIGATORIEDAD DE LA AUDIENCIA PARA APROBAR EL CONVENIO

Con relación a la necesidad o no de realizar la audiencia, se afirma que cuando existe acuerdo entre los progenitores sobre la custodia se prescinda de la exploración al menor, surgiendo ante ello la siguiente interrogante ¿En los hechos los padres pueden garantizar que el acuerdo no atente contra el beneficio del menor?

De conformidad al artículo 90 del CC, debe ser el Juez quien verifique si el contenido del acuerdo es o no dañino para el menor, pero en situaciones normales respetando la libertad contractual de las partes, con cláusulas bien elaboradas que por cierto están realizadas, ya sea por el abogado de una de las partes, o por los abogados que cada sujeto procesal ha contratado será muy difícil que la Autoridad Judicial mediante este documento pueda descubrir alguna anomalía<sup>17</sup>.

En términos procesales la aprobación o rechazo del convenio regulador se circunscribe a un solo acto, en cambio, si hay un proceso contencioso existe un periodo de prueba para desvirtuar las actitudes contrarias al interés del menor, por parte de los sujetos procesales y del Ministerio Público. Por eso, si bien es

16 VARELA GARCÍA, C.: "Comentarios a la Ley Orgánica 1/ 1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor", cit., p. 78.

17 Con la excepción de casos extremos que dispongan por ejemplo, el cambio de bienes materiales por ceder la custodia o el ejercicio de la patria potestad, que sin embargo, dudamos se puedan presentar al ser documentos elaborados por profesionales.

un derecho del menor la posibilidad de ser oído ante Autoridad Judicial, no es conveniente prescindir de esta facultad<sup>18</sup>.

Pues, de lo contrario surge la siguiente interrogante ¿En el supuesto de prescindir de la audiencia de exploración al menor por existir acuerdo entre los padres, con esta actitud, no se estaría fomentando a que los supuestos de maltrato y violencia permanezcan invisibles? En esa consideración, por ejemplo, el beneficio del menor quedaría en segundo plano puesto que se prescinde de su participación directa.

## VII. LA PARTICIPACIÓN DIRECTA DEL MENOR Y LA FUNCIÓN DE LOS ESPECIALISTAS

Se ha convertido en una opinión generalizada el hecho de afirmar que en las situaciones de separación o divorcio se utiliza al menor como un instrumento para conseguir objetivos personales, y que su participación en el proceso tiene consecuencias negativas en el plano psicológico<sup>19</sup>.

Al respecto, hay que resaltar que se debe escuchar el testimonio del menor como sujeto activo de la relación con los progenitores, por cuanto, él forma parte de esa estructura familiar<sup>20</sup>. En ese sentido, si los cónyuges son los responsables de la crisis, lo menos que se puede hacer en una situación de dichas características es oír sus deseos, toda vez que, de lo que se decida depende su formación y desarrollo presente como también futuro, además que, dependiendo de su edad puede convertirse en una fuente útil de información para el proceso.

Es así, que el menor se constituye en el directo interesado de lo que va a suceder en su vida presente y futura, tomando en cuenta que los progenitores pueden reorganizar su vida sentimental una vez roto el vínculo conyugal o la unión de hecho –si es que no lo han hecho todavía-, así, pues cabe preguntarse ¿Quién reconstruye la vida del menor o quién reorganiza su vida? Sin duda debe ser él, quien asuma este rol como mínimo declarando cuales son sus deseos y expresando si quiere convivir, sólo con uno de los progenitores o con ambos.

Con referencia al suficiente juicio, es una lastima que no exista un parámetro definitivo que determine esta aptitud, toda vez que se corre el riesgo de que el Juez que atiende la causa se maneje a libre albedrío, pues, si no está interesado en oír la versión del menor o no quiere dar credibilidad a su testimonio, procurará encontrar un argumento, que desvirtúe su capacidad para actuar. Por eso, en el

18 Véase: La Ley de Enjuiciamiento Civil, 1/2000, de 7 de enero, Libro II, del juicio ordinario.

19 Ver por todos GONZÁLEZ VICENTE, M. P.: "Siete años en el Juzgado de Familia", en *Diez años de abogados de familia*", obra colectiva, Asociación española de Abogados de Familia, Madrid, 2003, pp. 177-178.

20 Si bien fueron los progenitores quienes decidieron su concepción, esto no significa que el menor sea de su propiedad.

plano jurídico es importante delimitar una edad determinada para que éste declare -en nuestro caso desde los doce años-, así se previene la posición discrecional y arbitraria que pueda asumir el Juez.

Si bien en los hechos existe el peligro de que el menor pueda ser utilizado, las consecuencias deben ser asumidas por el progenitor manipulador, así, la Autoridad Judicial tendrá más argumentos para no satisfacer su petición procesal, por ejemplo con relación a la obtención de la custodia.

En este sentido, es imprescindible desde el plano netamente jurídico, que todos los actores de un proceso contencioso familiar participen activamente en su desarrollo, en aras de determinar lo que mejor corresponda.

Con referencia a las consecuencias psicológicas negativas que pueda tener la participación del menor en un proceso, se requiere una investigación adecuada al ámbito jurídico que no es objeto del presente trabajo-. Sin embargo, hay que resaltar que la audiencia no está condicionada a que se deban cumplir expresamente los deseos del menor, sino que se decida lo mejor para su presente y futuro.

La solución de los problemas que plantea la presencia del menor ante estrados judiciales, se tiene que encarar mediante campañas de información y de difusión que hagan tomar conciencia tanto a los Administradores de Justicia como a los progenitores sobre el derecho que tiene el menor a ser oído y la importancia de su participación en situaciones de separación o divorcio, contemplando la crisis familiar como una posibilidad real que se presenta en una sociedad, sin que ello, tenga que influir negativamente en el menor.

Hay que reconocer la existencia de este tipo de campañas, no obstante, la recepción por parte de los destinatarios no ha tenido el efecto deseado, por este motivo, urge replantearse el enfoque con el que se debe difundir el respeto por los derechos del menor, sin olvidar los deberes que éste tiene con sus progenitores.

Las modificaciones que se realizan a los Códigos sustantivo y procesal no finalizan con su promulgación, sino que es importante la recepción y percepción que tiene la sociedad civil en su conjunto sobre los cambios introducidos, así como también se debe realizar un seguimiento a la ejecución de las resoluciones judiciales.

En virtud a todo lo expuesto, hay que señalar que la obligación de oír al menor que se prevé en los artículos 92. 2, 154. 5 y 159 del Código Civil español es insuficiente, se requiere una norma que establezca que si la opinión del menor coincide con su interés y se encuentra respaldada por el informe de especialistas,

si bien no tiene que ser vinculante para el Juez, al menos debe ser influyente en la concreción de su interés<sup>21</sup>.

De todo ello, se deduce que oír al menor es un derecho que éste tiene, pero no existe una norma que indique cómo se debe oírle. Hasta el momento, únicamente se tienen algunos consejos, que quedan en la nada por las críticas a las que son sometidas dichas recomendaciones, especialmente desde el campo de la psicología. Independiente de ello, desde el punto de vista netamente jurídico, el Juez tiene que oír al menor ya sea de forma directa o indirecta –por medio de los especialistas-. De otro modo, no es posible imaginarse quien garantizaría el respeto por su interés, concretamente cuando los progenitores en situaciones de controversia no pueden adoptar una decisión en bien del menor y siendo que ante Autoridad Judicial profundizan sus diferencias. Por este motivo, resulta imprescindible que el Juez escuche a la parte interesada, en este caso a los hijos menores de edad para determinar lo que es mejor en su beneficio.

Así, hay quien sostiene que en virtud del artículo 9. 2 de la LOPJM, el menor puede decidir su participación en un proceso por si mismo o mediante sus representantes legales, es decir, no es obligatoria la presencia directa del menor ante el Juez, salvo en casos polémicos, en cambio, indirectamente se prevé su participación a través de sus representantes legales, llámese psicólogos o educadores<sup>22</sup>.

La Jurisprudencia, a través de la STC 141/2000, de 29 de mayo<sup>23</sup>, sostiene que los menores de edad son titulares plenos de sus Derechos Fundamentales, y que su ejercicio y la facultad de disponer sobre ellos no debe ser atribuido por completo a los titulares de la patria potestad, sino que se modulará en función a la madurez del menor y la evolución de su capacidad de obrar.

Esta sentencia pone de manifiesto que tiene que ser el menor en primera persona quien participe en la determinación de su interés respecto al presente y futuro de su formación personal, ésto no significa que los titulares de la patria potestad no tengan potestad para ejercer la autoridad parental, sino que en

21 Sobre el tema, el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 sostiene que se debe tomar en cuenta las opiniones del menor; ésto significa que la actuación del Juez no debe limitarse a oír al menor; De igual manera, la SAP Huesca 31 marzo 1995 (AC 1995, 561), manifiesta que si la voluntad del menor es razonada y razonable se constituye en una buena expresión de considerar lo más beneficioso para él. Asimismo, SAP Barcelona (Sección 12ª) 20 abril 2005 (JUR 2005, 126782), resuelve que para resolver la atribución de la custodia de los hijos ha sido conveniente oír al menor y tomar en cuenta su voluntad. Por su parte, la STC 152/2005, de 6 junio (RTC 2005, 152), dispone retrotraer lo actuado al momento anterior al de dictarse Sentencia para que, antes de resolver sobre la guarda y custodia, se oiga a los menores de forma adecuada a su situación y a su desarrollo.

22 Siguiendo a ORTUÑO MUÑOZ, P.: *El nuevo régimen jurídico de las crisis matrimonial*, Civitas, Navarra, 2006, pp. 122-123.

23 Vid. STC 141/2000, de 29 de mayo (RTC 2000/141). Resolución que por cierto, también ha sido analizada en el capítulo referente al ejercicio de la patria potestad en situaciones de crisis familiares.

un proceso de separación o divorcio, el dilema de su situación es aconsejable que sea asumido por el propio menor. Con ello se evitaría también que padres irresponsables pretendan asumir la representación total de sus hijos, pues de no ser así, surge la siguiente interrogante ¿De qué manera podría asumir su responsabilidad sobre el menor, aquel progenitor que ha incumplido sus deberes?

Al respecto, en asuntos ordinarios sobre temas que no merezcan controversia, la participación del menor es suficiente de forma indirecta mediante informes de especialistas de conformidad al inc. 9 del artículo 92 del CC, pero en temas extraordinarios de suma importancia o controvertidos es necesaria la intervención directa del menor ante la Autoridad Judicial con apoyo de un grupo psicoasistencial<sup>24</sup>.

Es importante la participación de este equipo en función a su formación técnica especializada, que puede resultar útil para dilucidar las controversias eficazmente, a diferencia de los conocimientos del Juez que se encuentran limitados en esta esfera<sup>25</sup>.

Sobre este tema y el interés del menor Zarraluqui<sup>26</sup> afirma que:

“Lo esencial es que seamos conscientes de que ese beneficio a veces es de difícil conocimiento y determinación, porque sabiendo de su dificultad quizá nos apliquemos con conciencia y atención a su descubrimiento en cada caso particular, mejorando nuestra formación para conocerlo y acudiendo a los auxilios expertos en nuestra ayuda para encontrarlos”.

Se evidencia así, que en situaciones controvertidas pese a la voluntad del Juez, es conveniente acudir al informe de expertos quienes a través de sus conocimientos coadyuvarán a la resolución de las controversias que se presentan en un proceso de separación o divorcio, propiciando la participación activa del menor, con la finalidad de determinar su mejor beneficio.

## VIII. CONCLUSIONES

En virtud a lo desarrollado en el presente trabajo, se ha evidenciado que si bien el menor tiene derecho a participar de forma activa ante el Juez, no existe una regulación que indique la forma concreta sobre cómo se debe oír al menor que se encuentra en una situación donde se tiene que determinar lo mejor para él.

24 Sobre el inciso 9 del artículo 92 del CC y el art. 770.4 III de la LEC, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 215, sostiene que el menor interviene en los procesos para ser objeto de una prueba pericial.

25 Vid. ORTUÑO MUÑOZ, P.: *El nuevo régimen jurídico de las crisis matrimoniales*, cit., p. 124.

26 ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: “Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración de la custodia de los hijos”, en *VVAA: Temas de actualidad en Derecho de Familia*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 31.

En ese sentido, la obligación que se tiene de oír al menor en la legislación española resulta insuficiente, por lo que, es necesaria la implementación de una norma que determine la forma de llevar a cabo todo el proceso de audiencia de exploración del menor.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO PÉREZ, M.: "La situación jurídica del menor en la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación al Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Luces y sombras", en *Actualidad Civil*, núm. 2, 6-12 de enero de 1997.

ARANGUENA FANEGO, C. y RODRÍGUEZ MERINO, A.: "Comentarios a la disposición final primera de la Ley 15/2005", en GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: (Dir), *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio, Ley 15/2005, de 8 de julio*, Lex Nova, Valladolid, 2005.

BANDERA M.: "Opinión del menor", en el magazine del periódico *La Vanguardia* de 17 de octubre de 2004.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios al Código Civil*, 2º ed., Edit. Aranzadi, Navarra, 2006.

LORCA NAVARRETE, A. M. y DENTICI VELASCO, N. M.: *La regulación de la separación y el divorcio en la nueva "Ley de Divorcio" de 2005 con especial referencia a la mediación familiar*, Instituto Vasco de Derecho Procesal (IVADP), San Sebastián, 2005.

MARTÍNEZ GALLEGO, E. M<sup>a</sup>: "Las recientes reformas del Derecho de Familia", en FIGUERUELO BURRIEZA, A. e IBÁÑEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup>. L. (Eds.): *El Reto de la efectiva igualdad de oportunidades*, Comares, Granada, 2006.

ORTUÑO MUÑOZ, P.: *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Civitas, Navarra, 2006.

PACHECO DE KOLLE, S.: *Derechos de la Niñez y Adolescencia, teoría y práctica*, Alexander, Cochabamba- Bolivia, 2004.

PÉREZ SALAZAR-RESANO, M.: "Patria Potestad", en GONZÁLEZ POVEDA, P. y GONZÁLEZ VICENTE, P. (Coords.): *Tratado Derecho de Familia, Aspectos sustantivos y procesales*, Sepín, Madrid, 2005.

SERRANO ALONSO, E.: "De las relaciones paterno-filiales", en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (Coord.): *Comentario del Código Civil*, 2ª ed. Bosch, Barcelona, (Tomo II), 2006.

VARELA GARCÍA, C.: "Comentarios a la Ley Orgánica 1/ 1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor: principios programáticos y normas de conflicto", en *Actualidad Civil*, núm. 12/ 17-23 de marzo de 1997.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: "Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial Consideración de la custodia de los hijos", en *VVAA: Temas de actualidad en Derecho de Familia*, Dykinson, Madrid, 2006.



## **X. ÍNDICE JURISPRUDENCIAL.**

### **I. Sentencias del Tribunal Constitucional**

STC 152/2005, de 6 de junio (RTC 2005/152).

STC 141/2005, de 29 de mayo (RTC 2000/141).

### **2. Sentencias del Tribunal Supremo**

STS 7 de marzo de 2017 (157/2017)

STS 20 octubre de 2014 (536/2014)

STS 20 de octubre de 2014 (413/2014).

STS 25 junio 1994 (AC 1994, 4).

### **3. Sentencias de Audiencias Provinciales**

SAP Palma de Mallorca (Sección 4ª) 20 de marzo 1992.

SAP Huesca 31 marzo 1995 (AC 1995, 561).

SAP Barcelona (Sección 12ª) 20 abril 2005 (JUR 2005, 126782).

LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA EN EL SISTEMA  
JURÍDICO COLOMBIANO

*THE INDIGENOUS JURISDICTION IN THE COLOMBIAN LEGAL  
SYSTEM*

*Rev. Boliv. de Derecho* N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 586-609



Alejandro  
GÓMEZ  
VELÁSQUEZ

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 12 de marzo de 2017

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de junio de 2017

**RESUMEN:** El presente artículo aborda la jurisdicción especial indígena prevista en la Constitución Política Colombiana de 1991. Para ello, se sostiene que dicha institución debe contextualizarse en la propuesta normativa del multiculturalismo contemporáneo, que responde a un devenir histórico particular y que ha sido desarrollada, en ausencia del legislador colombiano por el juez constitucional hasta delimitar los elementos que actualmente componen el “fuero indígena”.

**PALABRAS CLAVE:** Multiculturalismo, comunidades indígenas, jurisdicción, fuero, Colombia.

**ABSTRACT:** This paper address the special indigenous jurisdiction under the Colombian Constitution of 1991. For this purpose, it argues that the institution must be contextualized in the normative proposal of the contemporary multiculturalism, which respond to a particular historical development and has been developed in the absence Colombian legislative branch by the constitutional court to define the elements that currently make up the “indigenous jurisdiction”.

**KEY WORDS:** Multiculturalism, indigenous communities, jurisdiction, Colombia.

**SUMARIO.-** I. INTRODUCCIÓN.- II. EL MULTICULTURALISMO COMO PROPUESTA NORMATIVA.- III. LA JURISDICCIÓN INDÍGENA EN COLOMBIA: DESARROLLO HISTÓRICO Y CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL.- IV. EL ALCANCE DEL FUERO INDÍGENA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.- V. CONCLUSIONES.- VI. BIBLIOGRAFÍA.- VII. ÍNDICE JURISPRUDENCIAL.

---

## I. INTRODUCCIÓN

A raíz de la crisis que ha venido afrontando el liberalismo en los últimos años, ha recobrado especial interés la cuestión cultural dentro de las comunidades políticas liberales. Al respecto, se ha planteado la necesaria reivindicación de este componente humano, en tanto generador de identidades deseables políticamente, no sólo individuales sino también colectivas, contrario de lo evidenciado con la implementación del modelo liberal.

A partir de este marco de reivindicaciones culturales, se plantea entonces como necesario el incentivo, la protección y la conservación del componente humano cultural. Estas prácticas al toparse con el hecho de la gran diversidad cultural existente en el mundo, dieron origen a la propuesta normativa del multiculturalismo, como aquella que propende por la protección, respeto y cuidado de las diferentes culturas preexistentes. Así, esta renovada propuesta aboga por el establecimiento de unos derechos diferenciados en función de los grupos culturales, como derechos colectivos, en la medida que esas minorías no se entiendan como conjunto de individuos, sino como comunidades organizadas, titulares de derechos autónomos tendientes a su protección de la cultura dominante o mayoritaria.

El fenómeno del multiculturalismo se ha manifiesta con especial fuerza en América Latina, debido a las características de su origen y evolución. Por lo tanto, ha sido en dicho continente donde se han evidenciado con marcado acento las implicaciones no solo teóricas sino prácticas de la coexistencia entre culturas dentro de un mismo Estado. Colombia no ha sido la excepción en dicha tendencia.

### • Alejandro Gómez Velásquez

Abogado, Politólogo y Especialista en Derecho Público de la Universidad EAFIT. Magister en Derecho Constitucional del CEPC y LL.M en Estudios Jurídicos Internacionales de American University, Washington D.C. Profesor Asistente del Área de Derecho Público e investigador de la Escuela de Derecho, Universidad EAFIT, Medellín- Colombia. Correo: agomezvl@eafit.edu.co

Al pueblo colombiano lo constituye una particular concurrencia de culturas y etnias, y ha sido sólo tras la expedición de la Constitución de 1991 que se ha reconocido y protegido la diversidad étnica y cultural. En virtud del reconocimiento de dicho principio constitucional, se les han otorgado ciertos ámbitos de autodeterminación y autonomía a dichas comunidades. Un ejemplo de ello lo constituye la autonomía que tienen los pueblos indígenas para vivir según sus propios usos y costumbre, y por ende, el derecho a una jurisdicción especial.

Precisamente, el presente artículo se propone abordar y contextualizar la institución de la jurisdicción especial indígena que prevé la Constitución colombiana vigente a partir de la filosofía política, la historia jurídica y la jurisprudencia para intentar demarcar los alcances y limitaciones actuales de dicha institución jurídica. En este orden de ideas, en un primer apartado, se abordará la propuesta normativa del multiculturalismo a la luz de la filosofía política contemporánea, en la cual puede enmarcarse la relevancia de una institución como estas, evidenciado así una clara tensión entre los principios de unidad y diversidad cultural. En un segundo momento, se hará en recuento histórico de la mano de las instituciones jurídicas que han pretendido regular la función jurisdiccional dentro de las comunidades indígenas en Colombia, culminando en la consagración constitucional que actualmente se hace de dicha institución. En un tercer momento, se profundizará a la luz de la jurisprudencia constitucional sobre los alcances y límites de la jurisdicción especial indígena, en particular a partir de los elementos que actualmente componen el denominado "fuero indígena". Por último, se expondrán algunas conclusiones preliminares al respecto.

## II. EL MULTICULTURALISMO COMO PROPUESTA NORMATIVA

En éste primer aparte se pretende contextualizar la propuesta normativa del multiculturalismo desde la perspectiva del pensamiento político contemporáneo para proponerla como marco teórico e interpretativo de la institución de la jurisdicción especial indígena en Colombia. Para estos efectos, se toma como punto de partida el reconocer que la pluralidad cultural es un hecho evidente a lo largo de la historia del hombre<sup>1</sup>, y por tanto, un aspecto que ha caracterizado de forma definitiva el devenir de la raza humana en sus procesos de socialización. Así, debido a la innegable influencia que la cultura<sup>2</sup> ha ejercido sobre el hombre, el pensamiento político no ha podido estar al margen de este atributo, sin que el de nuestros días sea la excepción.

Así las cosas, para la filosofía política del liberalismo en sus orígenes, la opción adoptada como instrumento de emancipación de la sociedad premoderna,

1 KYMLICKA, W.: *Ciudadanía multicultural*, Paidós, Barcelona, 1996, p. 13.

2 PAREKH, B.: *Repensando el multiculturalismo*, Istmo, Madrid, 2000, p. 15.

caracterizada por el poder omnipresente de la iglesia católica, los privilegios estamentales y la formas absolutistas del poder; fue la de relegar el componente religioso, de linaje y cultural de la política, planteando el revolucionario principio, según el cual, la titularidad de los derechos políticos y civiles se ostentará por el solo hecho de pertenecer a la raza humana, siendo su titular exclusivo el individuo, en su calidad de hombre y/o ciudadano.

Esta novedosa idea que perdura aún hasta nuestros días, tiene como fundamento antropológico la creencia que, por un lado, todos los seres humanos son libres, racionales e iguales; y por otro, que todas las personas tienen la misma dignidad por el hecho de ser tales y no por su circunstancia cultural, religiosa, económica, entre otras. De estos postulados antropocéntricos, se deriva entonces, que la comunidad política sea concebida como la mera suma de individuos iguales<sup>3</sup> y que no tenga otro objetivo que perseguir los intereses de las personas que la conforman.

Es en este orden de ideas, donde a partir de una concepción “desconfiada” del poder político se edifica la teoría de los derechos fundamentales del individuo, que nacen de la idea de constituirse en “el férreo escudo diseñado para proteger a los seres humanos de la indebida intervención de la comunidad, y más específicamente del Estado”<sup>4</sup>. Así, con la institución de los derechos individuales, se crea la separación radical entre el ámbito público y el privado, como el postulado teórico de la neutralidad del Estado frente a los diferentes proyectos de vida de sus ciudadanos.

Esta compleja filosofía política que tuvo su justificación originaria en la modernidad europea, no sólo se ha mantenido vigente hasta nuestros días sino que se ha consolidado a lo largo del siglo XX como el modelo político imperante en todo el mundo, materializado en el cuerpo político del Estado-nación moderno, y como fundamento filosófico de las ya tan difundidas teorías de los derechos humanos. Sin embargo, el devenir histórico del siglo XX, y en especial sus postrimerías, ha sido testigo del surgimiento de todo un conglomerado de movimientos políticos e intelectuales, que sí bien son tan diferentes entre sí como para compartir una agenda común, suponen en todo caso una muestra de resistencia a la homogenización y asimilación en sociedades más amplias, basadas en la creencia de que sólo existe una única forma correcta o normal de entender y estructurar los ámbitos relevantes de la vida.

3 Estas ideas son las que se constituyen de fundamento para el sistema político democrático moderno. En palabras del mismo Bobbio, “Que esta idea de la igualdad, la isogonía, se encuentra en las bases de la democracia moderna y sea el fundamento ideal del gobierno democrático, en cuanto régimen basado en la concepción arraigada de una naturaleza humana que ha hecho a los hombre originariamente iguales, no tiene necesidad de comentario”. BOBBIO, N.: *Teoría General de la Política*, Trotta, Barcelona, 2005, pp. 408-409.

4 BONILLA MALDONADO, D.: *La Constitución Multicultural*, Siglo del Hombre, Bogotá, 2006, p. 103.

La reciente reaparición de estos movimientos, dentro de los cuales se encuentran grupos con reivindicaciones culturales<sup>5</sup>, debe entenderse dentro de una compleja coyuntura global, de la cual, para los efectos del presente escrito, vale destacar tres hechos fundamentales que se relacionan directamente con la aparición reciente de movimientos tendientes al reconocimiento y protección de la realidad multicultural mundial.

En primer lugar, las sociedades multiculturales contemporáneas se ven especialmente unidas entre sí por los enormemente complejos procesos de globalización económica y cultural<sup>6</sup> que se han revitalizado desde la segunda mitad del siglo XX. En virtud de este proceso, por nuestro planeta actualmente circulan mercancías, capitales e información con pocas o ninguna restricción, conduciendo a que los encuentros interculturales no se limiten sólo por el territorio, sino a nuevos espacios virtuales que permiten su intercambio a todo nivel, a bajos costos y de forma descentralizada. La intensa reciprocidad cultural que ha generado el proceso globalizador permite, para nuestros efectos, obtener actualmente una visión más integral de la diversidad cultural y de su real dimensión en el ámbito global<sup>7</sup>.

En segundo lugar, las actuales reivindicaciones multiculturales tienen como trasfondo al Estado-nación, que como se dijo, tiene ya varios siglos de antigüedad y muchos de sus fundamentos teórico-prácticos han sido puestos en entredicho con el devenir histórico<sup>8</sup>. Como prueba de ello, por un lado, encontramos el fenómeno de la pérdida de soberanía nacional, debido a la prevalencia obtenida por el poder económico y el desplazamiento de centros de poder real por fuera de la estatalidad. Por otro lado, presenciamos la transformación de las fronteras de la legitimidad política del Estado a ámbitos supra-estatales, donde tiene lugar la consagración y correlativa protección de derechos autónomos a la consagración legal-nacional, y la posibilidad de garantía por fuera de fronteras y organismos estatales, como sería el ejemplo del desarrollo de los Derechos Humanos. Sumado a lo anterior, se presenta la ineficacia permanente del Estado para cumplir con sus finalidades sociales, condenándolo a su gradual desmantelamiento<sup>9</sup>.

5 Para identificar las reivindicaciones culturales sobre las demás, Parekh aporta dos elementos, por un lado una cierta dosis de autoridad en ellas que trasciende la mera elección individual, y por otro lado, que ellas se estructuran por el hecho de formar parte de un sistema compartido de sentido y significado históricamente heredado. PAREKH, B.: *Repensando el multiculturalismo*, cit., pp. 15-16.

6 Para ahondar en la relación que supone el fenómeno del multiculturalismo y la globalización se remite véase OLIVÉ, L.: *Multiculturalismo y pluralismo*, Editorial Paidós, México, 1999, pp. 23 y ss.

7 Sobre la creación de una cultura de tipo mundial en el contexto de la globalización, véase FRIEDMAN, J.: *Identidad cultural y proceso global*, Amorrortu, Buenos Aires, 2001, pp. 127 y ss

8 Sobre el tema, es dicente la máxima de Carl Schmitt en su prólogo de 1963 de su obra en el "concepto de lo político", donde afirma de forma categórica que tras los sucesos de la primera mitad del siglo XX, la época de la estatalidad había ya llegado a su fin. Véase SCHMITT, C.: *El concepto de lo político*, Alianza, Madrid, 1963, p. 47.

9 FRIEDMAN, J.: *Identidad cultural*, cit., pp. 136 y ss.

Como tercer hecho del contexto mundial, aparece de forma generalizada una mayor sensibilidad moral en la comunidad global a la diferencia como derecho<sup>10</sup>, tras cuestionar el dogmatismo moral<sup>11</sup> y la violencia, lo cual puede encausarse por una lado, tras los escalofriantes sucesos de la esclavitud, holocaustos, colonialismo, genocidio, exilios y guerras, entre otros fenómenos, sufridos en los últimos siglos; y por otro, tras los avances de las ciencias sociales como la psicología del conocimiento y cultural, junto con el psicoanálisis<sup>12</sup>, donde se ha reivindicado la importancia de la cultura para la creación de la identidad individual. Por último, debe tenerse igualmente como causa de este cambio moral, la interiorización de las posturas democráticas y participativas, donde se niega el status de inferior de un grupo de personas propugnando por su igualdad real, inclusión y participación en el juego social y político<sup>13</sup>.

Así, a partir de estos hechos, puede afirmarse que si bien las sociedades multiculturales no constituyen una novedad histórica, las contemporáneas por el contexto histórico en que se desenvuelven, el trasfondo cultural y los modelos actuales de interacción entre las comunidades, las ubica en un punto de inflexión frente al *statu quo* de los últimos siglos. Esta particular situación, constituye el contexto para la revitalización por el interés, desde las más variadas disciplinas, en la "cuestión multicultural" en el nuevo escenario mundial, todo ello a partir de la premisa de la incapacidad manifiesta de las democracias de tipo occidental para resolver o superar las tensiones planteadas por la diversidad cultural.

En este nuevo contexto internacional, si bien esta exigencia no ha sido nueva en la filosofía política, en las dos últimas décadas se han dado importantes aportes tendientes a reivindicar la diversidad cultural desde el nuevo orden mundial, donde, como es sabido, han proliferado las ideas de índole filosóficas y políticas liberales.

Para los efectos de este escrito, valga destacar algunos de las más recientes justificaciones planteadas desde la filosofía política a la diferencia cultural como criterio político. En este sentido, Charles Taylor aparece como uno de los precursores más importantes de la versión más actual de la polémica, en tanto como crítico del liberalismo parte de concebir el proceso de construcción de la

10 RIST, G.: "La cultura y el capital social ¿cómplices o víctimas del desarrollo?", en AA.VV.: *Capital social y cultura: claves estratégicas para el desarrollo* (coord. por B. KLUSBERG), FCE, México, 2000, p. 132.

11 En el Informe Mundial de Desarrollo Humano de 2004, realizado por la ONU, se dispone expresamente sobre la materia que "La libertad cultural constituye una parte fundamental del desarrollo humano puesto que, para vivir una vida plena, es importante poder elegir la identidad propia, sin perder el respeto por los demás o verse excluido de otras alternativas". Informe Mundial de Desarrollo Humano 2004: la libertad cultural en el mundo diverso de hoy. En <http://hdr.undp.org/reports/global/2004/espanol/pdf>, visitada el 21 de marzo de 2007.

12 El movimiento intelectual que se conoce como "cultural studies", parte de reaccionar contra los planteamientos freudianos y marxistas tendientes a negar la relevancia de la cultura en el plano psicológico y político respectivamente. Como referencia a los planteamientos de esta corriente del pensamiento véase, JAMESON, F.: *Estudios culturales: reflexiones sobre el multiculturalismo*, Paidós, Buenos Aires, 1998, pp. 69 y ss.

13 Sobre el particular véase: GARGARELLA, R.: *Derecho y grupos desaventajados*, Gedisa, Barcelona, 1998.



propia identidad individual como un proceso dialógico, donde un componente decisivo será el reconocimiento por parte de los demás miembros de la sociedad. Así, desde este punto de partida, la pertenencia a un grupo, como lo será uno de tipo cultural, será determinante en dicho proceso, en tanto es quién suministra a sus miembros un horizonte de comprensión, histórico y culturalmente determinado. De allí, y haciendo una extensión de la política liberal de la dignidad, aboga por la supervivencia y reconocimiento de las diferentes culturas sobre la base de la presunción que todas aquellas culturas que han logrado mantenerse en el tiempo merecen "nuestra admiración y nuestro respeto, aun si éste se acompaña de lo mucho que debemos aborrecer y rechazar"<sup>14</sup>.

Por otro lado, el filósofo Will Kymlicka, incorpora un nuevo componente a la discusión al identificar desde el seno mismo del liberalismo el deber de conservación de las comunidades culturales. Para ello, parte de la concepción de la libertad propia de la doctrina liberal, según la cual cada individuo es libre para elegir su ideal de vida buena y según ella de elegir su plan de vida, dentro del cual hace parte la libertad de reevaluar y abandonar sus creencias<sup>15</sup>. En este sentido, Kymlicka afirma que puede reclamarse entonces del liberalismo un compromiso para fomentar el acceso a la información sobre otros sentidos y proyectos de vida buena, en tanto la libertad requiere de un contexto en el que sea posible a los individuos elegir entre diversos proyectos vitales y concepciones de lo bueno, apareciendo así la protección de la multiculturalidad como una condición de libertad<sup>16</sup>. Pero para el filósofo canadiense, la protección a la diversidad no deberá ser sólo para culturas diferentes a la nuestra, sino también con la propia, en tanto, se trata de un elemento central en la percepción de los individuos de sí mismos al crear mutua comprensión y solidaridad entre sus miembros<sup>17</sup>.

Por su parte, el filósofo indú Bhikhu Parekh<sup>18</sup> complementa la idea de la protección a la multiculturalidad como condición de libertad, al plantear que esta diversidad "permite a los hombres ver lo contingente de su cultura y relacionarse con ella más libremente, sin pensar que es su destino pertenecer a ella"<sup>19</sup>,

14 TAYLOR, C.: *El multiculturalismo y la política de reconocimiento*, FCE, México, 1993, p. 106.

15 En este sentido, señala el autor que "puesto que nuestros juicios sobre el bien son falibles, no sólo interesa seguir nuestra concepción actual del bien, sino también de enjuiciarla y, potencialmente, de revisarla. Nuestros fines actuales no siempre merecen nuestra fidelidad, y exponernos a otros modos de vida nos ayuda a hacer juicios informados sobre lo verdaderamente valioso". KYMLICKA, W.: *Ciudadanía multicultural*, cit., p. 131.

16 Esta idea parece ser adoptada igualmente por el PNUD en su formulación de la libertad cultural, al respecto véase. Informe Mundial de Desarrollo Humano 2004: la libertad cultural en el mundo diverso de hoy. En <http://hdr.undp.org/reports/global/2004/espanol/pdf>, visitada el 21 de marzo de 2016. Debe anotarse que en la elaboración del reseñado informe se contó con la participación del filósofo canadiense Will Kymlicka, a quién se le han hecho referencias en el presente escrito.

17 Sobre el debido respeto del factor cultural y su relación con la identidad personal que "si una cultura no goza del respeto general, entonces la dignidad y el respeto a sí mismos de sus miembros también estarán amenazados". KYMLICKA, W.: *Ciudadanía multicultural*, cit., p. 129.

18 PAREKH, B.: *Repensando el multiculturalismo*, cit., pp. 249 y ss.

19 PAREKH, B.: *Repensando el multiculturalismo*, cit., p. 252.

suponiendo una ampliación a nuestra imaginación y a reconocer los límites de la categorías que utilizamos al pensar desde nuestra propia cultura.

Es entonces, a partir de las anteriores justificaciones y otras de distintas especialidades, donde tiene lugar la aparición del concepto eminentemente normativo de multiculturalismo<sup>20</sup>. Este concepto que tuvo su origen a mediados del siglo XX, se refiere de forma genérica a una alternativa de la realidad multicultural diferente a la asimilación, homogenización, exterminio o relego de la identidad cultural del plano político, y propone a su vez el reconocimiento y protección de la diversidad cultural. Así, esta alternativa, responde desde el plano filosófico, a una visión particular del mundo que pretende según Forero, “ser un método razonable para intentar hacer aproximaciones entre modos de comprender el mundo radicalmente distintos, y trata de imaginar nuevas posibilidades para lograr el acercamiento entre concepciones del bien en conflicto”<sup>21</sup>.

A partir de esta pretensión filosófica multicultural, se deriva una serie de consecuencias desde el plano teórico-político, en tanto, a partir del modelo político liberal, el multiculturalismo supone una alternativa racional de introducción de las identidades culturales que han sido negadas por el modelo en el plano político. En este sentido, el concepto normativo de multiculturalismo, implica desde la filosofía política, tal y como lo sostiene Parekh, que “no se debe otorgar a la cultura tradicional un puesto de honor, que las culturas minoritarias resultan igual de centrales para su identidad, que deberían ser respetadas y cuidadas sin que se deba incentivar su desaparición con el tiempo, y que las minorías étnicas y culturales no se componen de individuos sino de comunidades organizadas con derechos a realizar peticiones colectivas”<sup>22</sup>.

Así, la política de la diferencia que supone el multiculturalismo, reclama el reconocimiento y aún más, el fomento de aquello que no es compartido universalmente, a la vez que denuncia la falsa neutralidad del Estado en materia cultural<sup>23</sup>, en tanto, al relegar del ámbito político las particularidades culturales, suprime la identidad del individuo como miembro de una comunidad<sup>24</sup>; resalta el carácter inhumano del que parte del modelo liberal, al considerar al individuo como ajeno al componente cultural en su configuración política; y discriminatorio para con las minorías, al incentivar una cultura dominante caracterizada por el

20 Debe diferenciarse en este punto el término multiculturalidad que es un término factual que se refiere al hecho de la diversidad cultural, de la propuesta normativa del multiculturalismo. Al respecto, véase Olivé, L.: *Multiculturalismo y pluralismo*, cit., p. 58.

21 FORERO, M.: “Precisiones filosóficas acerca del multiculturalismo”, en AA.VV.: *Comunicación, globalización y cultura*, CEJA, Bogotá, 2003, p. 190.

22 PAREKH, B.: *Repensando el multiculturalismo*, cit., p. 21.

23 VALCÁRCEL, A.: “Cultura y democracia”, en AA.VV.: *La cultura de la democracia: el futuro* (coord. por GINER, S.), Editorial Ariel, Barcelona, 2001, p. 117.

24 PAREKH, B.: *Repensando el multiculturalismo*, cit., pp. 30 y ss.

utilitarismo laico europeo<sup>25</sup>. Por tanto, desde este nuevo enfoque político, el multiculturalismo normativo, reacciona a la idea de universalidad de los derechos planteando la posibilidad de establecer derechos diferenciados en función de grupos culturales donde la titularidad recaiga sobre la comunidad y ya no de forma exclusiva en el individuo.

Toda esta propuesta normativa de coexistencia cultural, supone plena vigencia, además de unos rasgos bastante característicos, para el continente americano, y más especialmente en América Latina, a causa de la conocida existencia de comunidades aborígenes que preexistían, incluso por miles de años, a la llegada de la cultura europea al territorio americano. En este sentido, es claro que la cuestión de la multiculturalidad en América Latina ha emergido sobre todo como componente central de la problemática de los pueblos indígenas, bajo la premisa normativa del multiculturalismo.

Dentro de este reto de orden mundial, el caso de Colombia es paradigmático, ya que al revisar la historia nacional, puede afirmarse, sin lugar a dudas, que nuestro Estado puede definirse, desde la perspectiva descrita, como una sociedad multicultural, en tanto desde su nacimiento se ha construido por tres tradiciones culturales concurrentes que han coexistido y se han mezclado, a saber: la indígena, africana y la europea. Pero nuestro país, no sólo responde empíricamente a una realidad multicultural, sino que con la expedición de la Constitución vigente, en 1991, esta realidad fue consagrada de forma expresa en la Carta Política, estableciendo como mandato de orden constitucional no sólo el respeto, sino también la protección de la diversidad étnica y cultural de la nación, consagrándose derechos específicos para la consecución de dichos fines superiores.

Pero lejos de quedar saldada la tensión que hemos evidenciado en este escrito dentro del modelo político y jurídico colombiano, la Constitución de 1991 simplemente la dejó consagrada en su articulado. Esta particular tensión es especialmente evidente en relación con los pueblos indígenas que habitan en el territorio colombiano y a los cuales la misma Constitución Política les ha otorgado una serie de derechos tendientes a la protección y conservación de su diversidad cultural. Un ejemplo paradigmático de ello lo constituye la institución de la Jurisdicción Especial Indígena (art. 246 CN), en virtud de la cual se les concede a los pueblos aborígenes el derecho de ejercer facultades jurisdiccionales dentro de su territorio y a sus miembros, todo ello en el marco del derecho de estas comunidades a organizarse y gobernarse de acuerdo con su propia visión del mundo, sus tradiciones y deseos (art. 330 CN), incluyendo el derecho del pueblo

25 Al respecto de pronuncia Sen al afirmar que “El mundo contemporáneo está dominado por occidente, y aunque la autoridad imperial de los antiguos gobernantes del mundo haya disminuido, occidente, sigue dominando tanto como antes y, en algunos aspectos, más que antes, sobre todo en temas culturales”. SEN, A.: *Desarrollo y libertad*, Planeta, Bogotá, 2002, p. 291.

indígena a regirse por sus propias normas, lo que a su vez incluye la posibilidad de crear normas y aplicarlas.

Pero no debe desconocerse que de igual forma, el mismo constituyente ha declarado al Estado como Unitario (art. 2° CN), y por tanto, ha querido que en toda su extensión, los ciudadanos sientan que hacen parte de un mismo proyecto político materializado en la institucionalidad estatal, desde la que se protege la igualdad, las libertades y derechos individuales fundamentales, y demás garantías, como el debido proceso, el juez natural y la división de poderes, que se han condensado en el concepto, especialmente denso y difuso a la vez, de la dignidad humana, la cual para el caso colombiano se erige constitucionalmente como fundamento de la institucionalidad estatal.

Por lo tanto, el ejercicio de la potestad sancionadora que ostentan las comunidades indígenas supone un ejemplo claro en el que se materializa la tensión entre unidad y diversidad cultural, y sin que el constituyente hubiera pasado desapercibido sobre el particular, designó como el competente para dirimir dicha contingencia al órgano legislativo, para que éste fuera quién expidiera una *ley de coordinación* entre jurisdicciones que permitiera, si bien no saldar de forma abstracta la tensión evidenciada, si pudiera establecer criterios, límites y condiciones básicas para el funcionamiento paralelo de ambas jurisdicciones.

En el marco de la inactividad del legislador sobre el particular y la complejidad del mismo, la Corte Constitucional, como tribunal de mayor jerarquía en la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos colombianos, pero de igual forma, como intérprete auténtico de la Carta Política, no se ha mantenido ajena a dicha problemática y en reiteradas ocasiones ha debido enfrentar la tensión derivada de la diversidad cultural en sus diversas manifestaciones<sup>26</sup>. Entre ellas, para los efectos del presente escrito, puede identificarse a la generada por la aplicación de la figura de la potestad sancionadora de las comunidades indígenas, la cual, sin lugar a dudas, constituye una forma de materialización de la tensión genérica antes descrita.

26 De las tensiones que la Corte Constitucional ha debido abordar referentes a la diversidad cultural puede destacarse: la etnoeducación en sentencia T-1214 de 2002 M.P: Álvaro Tafur Galvis, T-1085 de 2003 M.P: Eduardo Montealegre Linett, T-899 de 2005 M.P: Alfredo Beltrán Sierra, T-524 de 2006 M.P: Jaime Araujo Rentería; la exención del servicio militar obligatorio para miembros de comunidades indígenas en la Sentencia C-058 de 1994 M.P: Alejandro Martínez Caballero; la participación política de representantes de comunidades indígenas en cuerpos colegiados en Sentencia T-778 de 2005 M.P: Manuel José Cepeda Espinosa; las circunscripciones especiales para comunidades negras e indígenas en el Congreso nacional, Sentencia C-169 de 2001 M.P: Carlos Gaviria Díaz; autonomía dentro de los resguardos indígenas relativos al tránsito, asentamiento y explotación del territorio, entre otras, Sentencia T-428 de 1992 M.P: Ciro Angarita Barón; T-405 de 1993 M.P: Hernando Herrera Vergara; T-257 de 1993 M.P: Alejandro Martínez Caballero y C-620 de 2003 M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra.

### III. LA JURISDICCIÓN INDÍGENA EN COLOMBIA: DESARROLLO HISTÓRICO Y CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL.

Para dar continuidad al desarrollo del presente artículo, el presente apartado pretende centrar la tensión ya caracterizada entre la unidad y diversidad cultural a la institución de la jurisdicción especial indígena en Colombia. Como se dijo, el caso del multiculturalismo en Colombia es paradigmático, ya que es un país donde convergen diferentes culturas como la europea, la africana y la americana, dando paso a la existencia de tres grupos étnicos diferentes a la cultura mayoritaria. A saber, esos grupos étnicos son: los pueblos indígenas, las poblaciones afrocolombianas, incluidas las comunidades raizales de San Andrés y Providencia y la comunidad de San Basilio de Palenque, en el departamento de Bolívar y el pueblo *rom* o gitano. Según el censo general de 2005 hecho por el DANE, en Colombia encontramos 87 étnias indígenas, 3 grupos diferentes de afrocolombianos y un pueblo gitano, lo cual lleva, a la existencia dentro del país de 64 lenguas amerindias y varios dialectos<sup>27</sup>.

A través de los años, el trato y regulación de las etnias amerindias en Colombia, presentó diferentes matices. En la época de la conquista y de la colonia, los indígenas fueron vistos como hombres en “estado de salvajismo”, frente a quienes existía el deber de difundir la fe cristiana, en pro del mejoramiento de sus calidades de vida, integración a la sociedad y su salvación espiritual<sup>28</sup>. Dichas intenciones, fueron desarrolladas en las *Leyes de Indias*, a través de las cuales se crearon además instituciones especiales de protección para los aborígenes, que luego no fueron llevadas a la realidad, como las tendientes a que no fueran exterminados o esclavizados por los españoles. En este contexto entonces, “la segregación física de las comunidades indígenas se combinaba con la separación del régimen jurídico, tributario y político”<sup>29</sup>, evidenciándose, como para esa época, a los indígenas les era reconocida su diferencia a pesar de ser mirada con desprecio, razón por la cual, puede deducirse que para la época esos indígenas, desplazados y casi invisibles, pudieron enfrentar sus conflictos desde sus costumbres y cosmovisiones. Así, puede afirmarse que incluso hasta la colonia, se mantuvo vigente la institución de la jurisdicción indígena como forma de control social, cultural y religioso entre sus miembros<sup>30</sup>.

27 Al respecto véase RODRIGUEZ PALAU, E.: *Colombia: Una Nación Multicultural*, Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas, Bogotá, 2006.

28 Como ejemplos preliminares de ello puede referirse el tratamiento consagrado en la Ley 11 de 1874, el Decreto del 30 de julio de 1824 y la Ley 89 de 1890.

29 SÁNCHEZ, B.: “El reto del multiculturalismo jurídico”, en DE SOUSA SANTOS, B. & GARCÍA VILLEGAS, M.: *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Siglo del Hombre, Tomo II, Bogotá, 2001, p. 13. Sobre la evolución histórica de la regulación indígena en Colombia antes de 1991, véase capítulo 13, *Ibid.*, p. 11 a 27 y p. 63 a 68, en relación con la jurisdicción indígena específicamente.

30 En palabras de Beatriz Sánchez, “en efecto, en 1542, por medio de la legislación de Indias se estableció que: en los conflictos entre los indígenas se aplicarán sus propios usos y costumbres; siempre que no resulten claramente injustos”. DE SOUSA SANTOS, B. & GARCÍA VILLEGAS, M.: *El Caleidoscopio*, cit., p. 63.

Sin embargo, esta segregación del entorno jurídico, político y social de las culturas extrañas a la mayoritaria, se ve interrumpida, de algún modo, por los principios de la Revolución Francesa, ya que el individualismo, la igualdad y la idea de propiedad privada, llevaron a que instituciones como la del **resguardo** fueran suprimidas, y que a su vez se buscara integrar plenamente a la sociedad mayoritaria a dichas comunidades étnicas, suponiendo así un proceso de homogeneización tendiente a transformar a las culturas diversas cultural y étnicamente a la propiamente mayoritaria. Para esta época, entonces, se pretende tratar al indígena como un igual que debe incorporarse a la sociedad mayoritaria en cuanto individuo con igualdad de derechos, de manera que las leyes que rigieron para esta época en cuanto al juzgamiento de sus actos fueron las nacionales, es decir, las de la república, desconociéndose su diferencia<sup>31</sup>.

A pesar de ello, entre la segunda mitad del siglo XIX y la primera del siglo XX, debido a que Colombia se encontraba en un proceso de modernización, se empezó a concebir a los indígenas como un pueblo en decadencia, que frenaba el desarrollo del país. Por ello, se regularon las relaciones del Estado con los indígenas a través de la ley 89 de 1890, la cual rigió por más de 100 años. Esta ley dividía a los indígenas en tres categorías, la primera correspondía a los llamados “salvajes” que debían ser reducidos a la sociedad mayoritaria a través de los misioneros católicos, y frente a los cuales no regían las leyes de la república; la segunda se refería a aquellos que se encontraban en proceso de civilización, llamados “semisalvajes” a quienes debía dictárseles un régimen especial de acuerdo con las autoridades eclesiásticas<sup>32</sup>; y la tercera categoría respondía a los ya civilizados, cuyas relaciones se regían por la ley 89 de 1890<sup>33</sup>.

De esta forma, se evidencia como, a pesar de seguir teniendo rasgos despectivos y gregarios, se vuelva a tener en cuenta la diferencia étnica, religiosa y cultural, y con fundamento en ella, se les otorga cierta independencia y autonomía a las comunidades indígenas, como por ejemplo lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley 89 de 1890, el cual permitió que los conflictos entre miembros de la comunidad y las faltas contra la moral fueran juzgadas e investigadas por las autoridades de la misma comunidad. Sin embargo, valga resaltar que para la época, fue a la Iglesia

31 En este sentido Beatriz Sánchez afirma que “la política indigenista en el periodo comprendido entre 1810 y 1890, se concentró en la disolución de los resguardos y en la integración plena a la civilización de las comunidades (...) una vez libradas las batallas de independencia, la política indigenista de Bolívar y sus sucesores fue la de eliminar cualquier vestigio del colonialismo español (...) Debía eliminarse de tajo la discriminación racial y legislar en términos de igualdad para todos los habitantes de la república”. DE SOUSA SANTOS, B. & GARCÍA VILLEGAS, M.: *El Caleidoscopio*, cit., p. 14.

32 Según el Artículo 1° de la Ley 89 del 25 de noviembre de 1890 “la legislación general de la República no regirá entre los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada por medio de Misiones. En consecuencia, el Gobierno, de acuerdo con la Autoridad eclesiástica, determinará la manera como esas incipientes sociedades deban ser gobernadas”.

33 El Artículo 2° de la Ley 89 del 25 de noviembre de 1890 dispone que “Las comunidades de indígenas reducidos ya a la vida civil tampoco se regirán por las leyes generales de la República en asuntos de resguardos. En tal virtud se gobernarán por las disposiciones consignadas a continuación”.

Católica a quién se le encomendó la función homogenizadora de los “salvajes”, por medio del proceso evangelizador a los miembros de las comunidades indígenas, hasta el punto que con la Ley 72 de 1892, se le dio poder a los misioneros para ejercer autoridad civil, penal y judicial entre los indígenas<sup>34</sup>.

A pesar de los complejos procesos de evangelización a los que se sometieron algunos pueblos indígenas, la mayoría de los considerados “salvajes” pudieron mantener el ejercicio de sus prácticas y costumbres ancestrales de forma clandestina aún ante los ojos ignorantes de la iglesia como un acto de preservación y resistencia de su identidad cultural. En este sentido, “la justicia indígena, por su carácter consustancial a la cosmovisión y a la lengua de cada cultura y por operar a través de las relaciones del parentesco y de todo el tejido social, fue un práctica indivisible a la mirada religiosa occidental, lo cual implicó, de hecho, que no pudiera incidirse consciente y directamente entre sobre ella”<sup>35</sup>. Ello nos lleva a reconocer el funcionamiento de hecho de una jurisdicción indígena a lo largo del siglo XX, debido no sólo al aislamiento de dichas comunidades de las leyes de la república, sino a su vez, a la incapacidad del Estado colombiano y de la misma Iglesia para abordar los conflictos internos de los indígenas en razón de la incompreensión hacia ellos<sup>36</sup>.

De lo anterior, se puede evidenciar, entonces, la inexistencia de un monopolio judicial por parte del Estado, desde la expedición de la Ley 89 de 1890, el cual se mantuvo sólo en los textos jurídicos hasta la última década del siglo XX, tal como lo afirma el Secretario de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), al señalar frente a esta norma, que “es una conquista de los pueblos indígenas de Colombia, por cuanto ha representado la posibilidad de conservar una legislación propia, conforme con los usos y costumbres indígenas, y de poseer tierras comunales bajo la figura del resguardo”<sup>37</sup>, lo cual le otorgaba seguridad al fuero indígena y por tanto representa un avance y salvaguardia de la jurisdicción indígena.

En este contexto, tiene lugar la reivindicación de los indígenas por el reconocimiento de su diferencia a lo largo del siglo XX, en especial con una lucha por el territorio, que sin lugar a dudas se constituye como una de sus mayores preocupaciones, aún hasta nuestros días<sup>38</sup>. Frente a esta situación, es muy

34 Artículo 2° de la Ley 72 de 1892.

35 GÓMEZ VALENCIA, H.: *De la Justicia y el poder indígena*, Universidad del Cauca, Santiago de Cali, 2000, p. 99.

36 GÓMEZ VALENCIA, H.: *De la Justicia*, cit., p. 117.

37 Intervención de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) por medio del secretario de turno en la sentencia C-139 de 1996, donde se analizó la constitucionalidad de 5 artículos de la Ley 89 de 1980. Corte Constitucional, Sentencia C-139 de 1996, M.P: Carlos Gaviria Díaz.

38 GÓMEZ VALENCIA, H.: *De la Justicia*, cit., p.126. En cuanto a la vigencia del tema territorial indígenas, ello es evidente ante la inexistencia de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial por parte del Legislador, en la cual deberá regularse lo pertinente a las Entidades Territoriales Indígenas, sin que hasta el momento se haya hecho.

importante mirar la movilización organizada de los Paeces en el Cauca, hacia 1970, para la recuperación de sus tierras ancestrales, lo cual condujo a la creación del Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC), seguido de la conformación de la Organización Nacional Indígena colombiana (ONIC) en 1982, por medio de la cual los indígenas reclamaban la aplicación de la ley 89 de 1890, la recuperación de tierras, la administración autónoma de sus recursos y la implementación de diferentes medidas para la conservación de su cultura<sup>39</sup>. Sin embargo, esta movilización tendiente a la recuperación de tierras en el Cauca estuvo acompañada de sangre, por los diferentes enfrentamientos con los terratenientes, fuerzas armadas y en ocasiones con otros indígenas, apareciendo, dentro de todo este contexto, el movimiento indigenista Comando Quintín Lame.

La anterior visibilidad adquirida por los indígenas, sumada a la Influencia por el contexto internacional donde comienza a reconocérseles su valor e importancia<sup>40</sup>, lleva a que los indígenas obtuvieran una representación en la Asamblea Nacional Constituyente convocada en 1990 para afrontar los problemas que vivía el país. Dicha representación indígena estuvo en cabeza de tres delegados, Francisco Rojas Birry perteneciente a la comunidad embera, Lorenzo Muelas a la de los guambianos y Francisco Peña (miembro del movimiento indígena guerrillero desmovilizado Quintín Lame, quien contó con voz pero no voto dentro de la Asamblea), quienes presentaron diferentes propuestas a la Asamblea<sup>41</sup> en aras del reconocimiento de la diversidad cultural dentro de la nación colombiana.

El país recurre a una Asamblea Nacional Constituyente<sup>42</sup>, con el fin de lograr principalmente los siguientes objetivos: “poner fin a la violencia, fortalecer la democracia, ampliar la declaración de derechos y redefinir la estructura básica del Estado”<sup>43</sup>. En busca de esos objetivos, aparecen las propuestas relativas a las minorías culturales dirigidas al reconocimiento del carácter multicultural de Colombia y a la protección de su legado cultural. Estas propuestas presentan entonces un núcleo común, que evidenciará una enorme tensión entre sus pretensiones; dicho núcleo común, apunta a la búsqueda de la igualdad basada en el reconocimiento de los derechos básicos a todos los ciudadanos, incluidos ellos, buscando al mismo tiempo el reconocimiento de su autonomía en razón de

39 Como referencia a los programas con los que se crearon estas organizaciones indígenas se remite a CONSEJO REGIONAL INDIGENA DEL CAUCA. *Diez años de Lucha*, CINER, Popayán, 1981.

40 DE SOUSA SANTOS, B. & GARCÍA VILLEGAS, M.: *El Caleidoscopio*, cit., pp. 22 a 27.

41 Para ver las propuestas presentadas por Francisco Rojas Birry remitirse a las Gacetas Constitucionales No. 18:6-8, 67:14-21 y 29:2; Para las de Lorenzo Muelas mirar las Gacetas Constitucionales No. 19: 11-13, 24:11-16 y 40: 2-8; y para Francisco Peña las Gacetas No. 61:4 y 60:7-20. Igualmente para su análisis, véase Bonilla Maldonado, D.: *La Constitución*, cit., pp. 124 y ss y DE SOUSA SANTOS, B. & GARCÍA VILLEGAS, M.: *El Caleidoscopio*, cit., pp. 27 a 30.

42 Sobre el contexto, conformación y funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente cuyo resultado fue la constitución de 1991, remitirse a AA.VV.: *La Constitución de 1991: ¿un pacto político viable?* (coord. por J. DUGAS), Departamento de Ciencia Política y Universidad de los Andes, 1993.

43 BONILLA MALDONADO, D.: *La Constitución*, cit., p. 121



la diferencia. Estas pretensiones muestran una gran tensión entre los principios de igualdad y unidad política, por un lado, y la diferencia y autonomía política por el otro, tensión que fue reproducida en el articulado de la Constitución de 1991, como ya será analizado.

Dentro de las pretensiones de autonomía por parte de los indígenas, a la Asamblea Nacional Constituyente, fue presentada una propuesta basada en la consagración de una jurisdicción indígena por el representante Lorenzo Muelas, propuesta orientada no tanto a la creación de una institución, sino al reconocimiento legal de una realidad preexistente. Dicha propuesta soportada a su vez por los pronunciamientos de Francisco Rojas Birry, planteaba la necesidad del establecimiento de una jurisdicción indígena para la conservación de sus culturas, claro está, reconociendo la necesaria articulación con la estructura nacional, de manera que sus decisiones y actos se ciñeran al respeto a los derechos humanos. Pocas propuestas de los demás constituyentes estuvieron orientadas a los temas sobre minorías culturales, y en especial al tópico de la jurisdicción especial indígena, pero finalmente se les concedió dicha potestad, no existiendo oposición a ello dentro de la Asamblea, a pesar de la evidente tensión que supone.

La Constitución Nacional de 1991, entonces, en su artículo 246 establece: "Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional".

De esta manera, la Constitución Nacional consagra un instrumento en pro de la autonomía de los pueblos indígenas y su autogobierno, el cual es de gran relevancia para la conservación de las diversas culturas amerindias, en el sentido, en que, el control social que se ejerce sobre los miembros de una comunidad, constituye una herramienta esencial para el respeto, mantenimiento y protección de la cultura y sus singularidades. El control social ejercido a través de la jurisdicción indígena<sup>44</sup>, se orienta a la adecuada transmisión de los valores culturales dentro de los diversos pueblos, ya que dicha transmisión y respeto de valores no puede lograrse solo con las estrategias de socialización primarias, puesto que es esencial tener el poder de establecer normas acordes a los usos y costumbres de cada comunidad, unido a la posibilidad de aplicarlas para corregir desviaciones. Todo ello, facilita entonces, el reconocimiento y protección de las prácticas esenciales de los diferentes grupos sociales.

44 DE SOUSA SANTOS, B. & GARCÍA VILLEGAS, M.: *El Caleidoscopio*, cit., p.72

Luego de reconocer la importancia del respeto a la implementación de una jurisdicción indígena, es fundamental mirar cómo se consagró expresamente dicha institución. El artículo 246 de la Constitución<sup>45</sup>, en su redacción, nos lleva a determinar la existencia de un derecho a ejercer la jurisdicción indígena por parte de los pueblos indígenas, en cuanto el artículo se refiere a un poder, lo que supone el otorgamiento de una facultad y no de una función. Igualmente, tal como ya se dijo en este escrito, el ámbito internacional y su gran influencia, ha determinado que es un derecho de los indígenas regirse por instituciones propias, instituciones que claramente incluyen a las tendencias para la resolución de conflictos internos. Finalmente orientado a postura, encontramos la posición de la Corte Constitucional Colombiana al respecto, quién identifica a la atribución que la Constitución hace a las autoridades indígenas como una potestad<sup>46</sup>.

Visto de esta forma, los pueblos indígenas cuentan con mecanismos para garantizar el ejercicio de su derecho a contar con una jurisdicción propia. Así, el régimen constitucional y legal colombiano les otorga dos instrumentos principales que sirven de garantía, a saber, el primero, consiste en la promoción de un conflicto positivo de competencias ante el Consejo Superior de la Judicatura<sup>47</sup>, y el segundo mecanismo es la subsidiaria acción de la tutela<sup>48</sup> en los términos del artículo 86 Superior. Sin embargo, este derecho tiene límites, ya que tal y como fue consagrada la institución, ésta no cuenta con una independencia absoluta del sistema nacional al encontrarse sujeta a valores y principios considerados como superiores por la cultura mayoritaria, según lo dispone de forma expresa el artículo 246 Constitucional.

En este punto, debe ponerse de presente la limitación particular que se estableció constitucionalmente a dicho derecho mediante el establecimiento de un fuero especial indígena que condiciona su aplicabilidad a situaciones específicas

---

45 "La jurisprudencia constitucional ha determinado que la jurisdicción indígena tiene cuatro elementos i) la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas; ii) la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios; iii) el respeto a la Constitución y la ley dentro del principio de maximización de la autonomía; y iv) la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional". Así se pronunció expresamente la Corte Constitucional al evaluar los elementos consagrados en el artículo 246 Superior. Corte Constitucional, Sentencia C-139 de 1996 M.P: Carlos Gaviria Díaz.

46 Al respecto, se pronunció la Corte Constitucional al señalar que se constituye un elemento propio del fuero indígena el que la comunidad se manifieste positivamente sobre su voluntad de tomar conocimiento del caso, ya que en caso contrario la jurisdicción competente será la ordinaria, en sus palabras, "el fuero especial no opera por el solo ministerio de la ley, porque a las condiciones objetivas para que proceda el mismo debe agregarse la manifestación de voluntad de una autoridad tradicional competente por el factor personal y territorial, para asumir el conocimiento del caso. En ausencia de tal manifestación, el juez ordinario no pierde la competencia para conocer del asunto." Corte Constitucional, Sentencia C-1238 de 2004. M.P: Rodrigo Escobar Gil.

47 Así se desprende expresamente del artículo 256-6 de la Constitución, el cual fue desarrollado por el artículo 112 de la Ley 270 de 1996.

48 La Corte Constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la potestad que ostentan las Comunidades Indígenas, por intermedio de sus representantes, de interponer acciones de tutela para la protección de los derechos fundamentales de la comunidad indígena. Corte Constitucional, Sentencia T-552 de 2003 M.P: Rodrigo Escobar Gil.

(derecho otorgado a los integrantes de una comunidad indígena, para ser juzgados conforme a los usos y costumbres de su comunidad), el cual está compuesto por dos elementos que se desprenden de la lectura literal del artículo 246 Superior<sup>49</sup>. El primero de ellos, se refiere a la pertenencia étnica, según la cual, todo integrante a una comunidad indígena debe ser juzgado de acuerdo con las normas y procedimientos de su pueblo, y el segundo apunta al factor territorial, donde se determina que cada comunidad puede juzgar las conductas que ocurran dentro de su territorio, de acuerdo con sus usos y costumbres.

Sin embargo, como lo afirman Sánchez y Jaramillo, “en principio no es indispensable que los dos elementos concurren. Es claro que es fundamental que el individuo pertenezca a un pueblo indígena para hacerse acreedor a este derecho, pero no es necesaria que la acción sea ejecutada dentro del territorio indígena. La Corte Constitucional identificó dos posibilidades en caso de presentarse tal evento. La primera tiene lugar cuando la conducta del indígena es punible en el ordenamiento nacional, pero no representa una falta dentro de la comunidad. En este caso, el indígena debe someterse a la jurisdicción nacional. Sin embargo, si se llega a la conclusión de que el autor de la acción posee una visión del mundo tan diferente a la de la sociedad mayor que no le permite comprender la razón, debe reconocérsele el derecho al fuero. La segunda posibilidad se presenta cuando la conducta es sancionada en ambos ordenamientos. En este caso el juez debe determinar el grado de adaptación del individuo a la sociedad mayor, a fin de establecer la conveniencia de que se le juzgue dentro del sistema jurídico de la sociedad mayor, o si debe ser remitido a su grupo para que allí se le juzgue”<sup>50</sup>.

Solamente en este aspecto, se evidencia la complejidad de este derecho, por lo cual, el constituyente, le otorgó un papel significativo al legislador en miras al establecimiento de un mecanismo para la coordinación y articulación de las dos jurisdicciones. Sin embargo, el legislador no ha sido activo frente a esta problemática, y la única ley que se ha ocupado de cierta forma sobre el tema, ha sido la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), la cual incluye a la jurisdicción indígena dentro de la rama judicial, convirtiéndola en parte del sistema nacional<sup>51</sup>. Ante esta situación, sumada al carácter de aplicación

49 En este punto se hace indispensable distinguir entre los elementos del fuero indígena que se desprenden de la lectura literal del artículo 246 y los que la Corte Constitucional ha desarrollado en su jurisprudencia ante la inactividad del legislador colombiano, quién por mandato constitucional es el llamado para hacerlo. En este sentido, los primero son lo que se abordan en el presente capítulo, mientras los desarrollados por la Corte Constitucional serán abordados en detalle en el capítulo 3.

El artículo 246 constitucional reza literalmente “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la república. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema nacional.” (subrayas fuera del texto).

50 DE SOUSA SANTOS, B. & GARCÍA VILLEGAS, M.: *El Caleidoscopio*, cit., p. 88.

51 Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996 M.P.:Vladimiro Naranjo Mesa.

directa con que cuenta el artículo 246 de la Constitución de 1991<sup>52</sup>, la Corte Constitucional ha sido la institución que ha venido afrontando las contingencias, choques y tensiones que supone la consagración de la jurisdicción indígena como desarrollo del principio de pluralidad en el Estado social de derecho.

Esa tensión de la que se habla, y que como se dijo anteriormente también se encontraba en las propuestas presentadas por los representantes indígenas a la Asamblea Nacional Constituyente, de manera general se refiere a la contradicción entre los principios de unidad y diversidad cultural, la cual se refleja en la tensión entre el reconocimiento constitucional de la diferencia y la consagración de la declaración liberal de derechos<sup>53</sup> por un lado; y la tensión relacionada al principio de unidad nacional y el establecimiento del autogobierno y la jurisdicción indígena<sup>54</sup>, por el otro. Para nuestros efectos, sólo nos detendremos en esta segunda tensión, en cuanto interviene en la ejecución del derecho de jurisdicción indígena.

Como se dijo, esta tensión apunta al enfrentamiento entre los principios de unidad política consagrado en el artículo 1° de la Constitución Nacional, según el cual, Colombia está organizada en forma de república unitaria, y los derechos de autogobierno otorgados a las minorías culturales, principalmente a través de los artículos 330 y 246 de la Carta, donde el primero establece el derecho de los grupos aborígenes a gobernarse según sus usos y costumbres y el segundo como ya es sabido se refiere a la jurisdicción indígena.

La unidad política se interpreta tradicionalmente, como la existencia de un solo sistema jurídico en el país, y de una sola estructura política centralizada y jerarquizada, lo cual supone que el Congreso de la República y poder Ejecutivo, son los únicos órganos con facultad de expedir decisiones políticas en derecho, mientras los demás órganos y autoridades gubernamentales, se encargan del desarrollo de las mismas. Sin embargo, al reconocérsele el derecho de autogobierno a los grupos aborígenes, se les está otorgando a dichas comunidades indígenas la posibilidad de crear derecho.

---

52 Al respecto se pronunció la Corte Constitucional al señalar que “No es cierto que la vigencia de la jurisdicción indígena esté en suspenso hasta que se expida la ley de coordinación con el sistema judicial nacional. La Constitución tiene efectos normativos directos, como lo ha afirmado esta Corte reiteradamente, de tal manera que si bien es de competencia del legislador coordinar el funcionamiento de la jurisdicción indígena y la jurisdicción nacional, el funcionamiento mismo de ésta no depende de dicho acto del legislativo”. Corte Constitucional, Sentencia C-139 de 1996. M.P: Carlos Gaviria Díaz.

53 Esta tensión se evidencia en los artículos 1, 7, 8, 70 de la Constitución de 1991, en relación al Título I del Capítulo II de la misma.

54 Frente a esta tensión remitirse a los artículos 1, 246 y 330 de La Constitución Nacional principalmente. Véase también al respecto, los artículos 10, 63, 68, 171, 176 287, 288, 289, 329 de la Carta.

## IV. EL ALCANCE DEL FUERO INDÍGENA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Como ya se ha resaltado, el artículo 246 constitucional prevé el poder que ostentan las comunidades indígenas para juzgar a sus propios miembros ante actuaciones desviadas de su orden social, cultural y/o religioso. En este sentido, para que dicho poder pueda tener lugar es necesario que se configure lo que se ha denominado con la categoría de “fuero indígena”<sup>55</sup>, la cual determinará, nada menos, cuál jurisdicción asumirá la investigación por las imputaciones realizadas, a saber, la de orden nacional o la especial indígena, materializada, ésta última, por las autoridades de la comunidad a la que pertenezca el sindicado.

Si bien como ya se recordó, por mandato constitucional expreso la regulación de dicho fuero indígena está confiada de forma inicial al legislador, por medio de la denominada ley de coordinación<sup>56</sup>, la Corte Constitucional, partiendo de considerar que el ejercicio de la jurisdicción indígena no puede quedar sujeto a una ley específica que la desarrolle ya que esto es una mera circunstancia accidental<sup>57</sup>, ha suplido esta ausencia por vía jurisprudencial, echando mano de principios constitucionales en especial el de diversidad étnica y cultural consagrados en la Constitución. Para ello, ha establecido algunos criterios básicos tendientes a la configuración del mencionado fuero, a los cuales se ha referido la Corporación en varios pronunciamientos<sup>58</sup>:

(i) Elemento subjetivo: Se refiere a la pertenencia del sindicado a una comunidad indígena, para lo cual, no es suficiente que se acrediten los rasgos meramente étnicos, sino que es necesario además acreditar que la persona se encontraba integrada a una comunidad y vivía según sus usos y costumbres<sup>59</sup>.

55 Esta categoría la Corte la ha definido como “el derecho del que gozan miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, para ser juzgados por las autoridades indígenas de acuerdo con sus normas y procedimientos” Véase Corte Constitucional, Sentencia T-811 de 2004, MP: Jaime Córdoba Triviño.

56 El artículo 246 constitucional reza literalmente “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la república. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema nacional.”

57 Al respecto señaló expresamente la Corte “No es cierto que la vigencia de la jurisdicción indígena esté en suspenso hasta que se expida la ley de coordinación con el sistema judicial nacional. La Constitución tiene efectos normativos directos, como lo ha afirmado esta Corte reiteradamente, de tal manera que si bien es de competencia del legislador coordinar el funcionamiento de la jurisdicción indígena y la jurisdicción nacional, el funcionamiento mismo de ésta no depende de dicho acto del legislativo” Corte Constitucional, Sentencia C-139 de 1996, M.P: Carlos Gaviria Díaz.

58 Corte Constitucional, Sentencia T-009 de 2007, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa. Revisa la Corte en esta ocasión la acción interpuesta por una Comunidad indígena que considera trasgredidos sus derechos a la autodeterminación y a su autonomía jurisdiccional, entre otros, debido al fallo proferido por la jurisdicción ordinaria en el sentido de condenar a la Comunidad al pago de acreencias laborales por la labor desempeñada por su ex gobernador como conductor de vehículo. En este fallo, la Corte resuelve remitir el caso a la jurisdicción especial indígena de la Comunidad por configurarse los elementos que constituyen el fuero especial indígena.

59 Al respecto, señaló la Corte “[...] se reconoce como hecho probado que el actor si es indígena, pero ésta calidad analizada aisladamente no le otorga el derecho al fuero, pues la jurisprudencia de esta Corporación

(ii) Elemento objetivo: Éste se refiere al sujeto u objeto sobre el que recae el actuar criminoso, el cual se requiere que en principio guarde identidad cultural con el sujeto activo del delito. En este sentido, la Corte ha señalado que la consideración de la víctima puede igualmente considerarse como determinante en la procedencia de esta jurisdicción especial<sup>60</sup>.

(iii) Elemento territorial: Éste se limita no sólo a la entidad territorial propiamente indígena, sino que se refiere a la presencia efectiva de la comunidad y a la capacidad de sus autoridades territoriales para ejercer control social de manera autónoma, esto es, con exclusión de otras autoridades<sup>61</sup>.

(iv) Elemento orgánico: Éste se refiere a la existencia de autoridades en la comunidad indígena que ejerzan control social y estén en capacidad de adelantar el juzgamiento conforme a sus usos y prácticas tradicionales. A ello se le ha sumado como requisito el hecho de que la autoridad indígena deba exteriorizar su decisión de adelantar el juzgamiento sobre el sindicado, y de no hacerlo, el caso será conocido por la jurisdicción ordinaria<sup>62</sup>.

En este sentido, ante la confluencia de los elementos del fuero indígena, entendidos como “los que determinan la competencia de la jurisdicción indígena”<sup>63</sup>, los jueces de la República perderán la jurisdicción respecto del sindicado y por tanto serán las autoridades reconocidas de la comunidad indígena las que ejerzan jurisdicción sobre el investigado, acorde con sus usos y costumbres, pudiendo sus normas ser escritas o consuetudinarias<sup>64</sup>.

## V. CONCLUSIONES

A partir la propuesta teórica del multiculturalismo dentro de las formas de asociación estatales, se evidencia entonces la tensión que se genera entre la unidad

---

expresamente señala los elementos esenciales que deben concurrir para obtener tal garantía y ellos no se presentan en esta situación por cuando el accionante no residía dentro del resguardo y el delito se cometió por fuera de los límites del mismo”. Corte Constitucional, Sentencia T-667A de 1998, M.P: Antonio Barrera Carbonell.

- 60 Sobre el particular, señaló el alto tribunal que “[...] la consideración de la víctima puede ser determinante en el momento de decidir acerca de la procedencia de una jurisdicción especial, y que el ejercicio de éste tiene que realizarse dentro de parámetros que garanticen, con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, su derecho a la reparación, a saber la verdad y a la justicia”. Corte Constitucional, Sentencia T-552 de 2003, M.P: Rodrigo Escobar Gil.
- 61 En palabras de la Corte, “El territorio se configura a partir de la presencia efectiva de la comunidad en su zona que objetivamente puede tener como propia y en la que se desenvuelve la cultura de un modo exclusivo”. Corte Constitucional, Sentencia T-1238 de 2004, M.P: Rodrigo Escobar Gil.
- 62 Señala la Corte expresamente al respecto que en “cuanto el fuero sólo se materializa cuando la autoridad indígena exterioriza su voluntad de asumir el conocimiento de una determinada causa”. *Ibid.*
- 63 Corte Constitucional, Sentencia T-009 de 2007, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.
- 64 La Corte ha considerado que no supone una trasgresión del derecho al debido proceso el hecho que la comunidad indígena no cuente con unas normas escritas, sino que estas pueden ser de tipos tradicionales o consuetudinarios. Al respecto véase Corte Constitucional, sentencia T-552 de 2003, M.P: Rodrigo Escobar Gil.

cultural, que plantea la nación como sustrato material del Estado moderno, y de la conservación de diversidad cultural que propone el multiculturalismo. En este sentido, Colombia aparece como un claro ejemplo del interés reivindicativo de la diversidad cultural en la medida que a través de la Constitución Nacional de 1991, se consagró expresamente y como principio de orden constitucional, el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación, que adquiere una materialización clara frente a la existencia de comunidades indígenas preexistentes al territorio nacional.

Así, en el ordenamiento constitucional colombiano, uno de los derechos expresamente consagrados a favor de las comunidades indígenas, es la potestad de ejercer poder jurisdiccional sobre sus propios miembros, el cual si bien se ejerció de hecho a lo largo de la historia republicana, su consagración constitucional supone un avance no menos significativo. El establecimiento de esta institución se constituye en una clara evidencia de la tensión anteriormente enunciada aunque no la agota, en la medida en que expresamente por la disposición constitucional que la consagra, se otorga un derecho de autogobierno referente a la implementación de la justicia dentro de las diferentes comunidades indígenas, según sus usos y costumbres, pero al mismo tiempo, se exige el sometimiento de éstos a la Constitución y a las leyes.

Al indagarnos por el funcionamiento de esta figura en la problemática multicultural nacional, encontramos, por un lado, la inacción del legislador para expedir la ley que permita la coordinación entre jurisdicciones, a pesar del mandato explícito a él realizado por la Constitución. Por lo tanto, en su defecto, encontramos que ha sido entonces el juez constitucional, el que por esta causa, y por diseño propiamente institucional del Estado colombiano, quién ha debido abordar, a partir de casos particulares, los alcances y límites de esta institución. A partir de allí, y en una dinámica de caso a caso, se han venido creando ciertas sub-reglas constitucionales que han configurado lo que hoy podemos denominar como el “Fuero indígena”, a partir de la concurrencia de los elementos subjetivo, objetivo, territorial y orgánico.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- BOBBIO, N.: *Teoría General de la Política*, Trotta, Barcelona, 2005.
- BONILLA MALDONADO, D.: *La Constitución Multicultural*, Siglo del Hombre, Bogotá, 2006.
- DE SOUSA SANTOS, B. & GARCÍA VILLEGAS, M.: *El Kaleidoscopio de las justicias en Colombia*, Siglo del Hombre, Tomo II, Bogotá, 2001.
- FORERO, M.: *Precisiones filosóficas acerca del multiculturalismo*, en *Comunicación, globalización y cultura: cátedra UNESCO*, CEJA, Bogotá, 2003.
- FRIEDMAN, J.: *Identidad cultural y proceso global*, Amorrortu, Buenos Aires, 2001.
- GARGARELLA, R.: *Derecho y grupos desaventajados*, Gedisa, Barcelona, 1998.
- GÓMEZ VALENCIA, H.: *De la Justicia y el poder indígena*, Universidad del Cauca, Santiago de Cali, 2000.
- JAMESON, F.: *Estudios culturales: reflexiones sobre el multiculturalismo*, Paidós, Buenos Aires, 1998.
- KLIKSBERG, B.: *Capital social y cultura: claves estratégicas para el desarrollo*, FCE, México, 2000.
- KYMLICKA, W.: *Ciudadanía multicultural*, Paidós, Barcelona, 1996.
- OLIVÉ, L.: *Multiculturalismo y pluralismo*, Paidós, México, 1999.
- PAREKH, B.: *Repensando el multiculturalismo*, Istmo, Madrid, 2000.
- SCHMITT, C.: *El concepto de lo político*, Alianza, Madrid, 1963.
- SEN, A.: *Desarrollo y libertad*, Planeta, Bogotá, 2002.
- TAYLOR, C.: *El multiculturalismo y la política de reconocimiento*, FCE, México, 1993.
- VALCÁRCEL, A.: "Cultura y democracia", en AA.VV.: *La cultura de la democracia: el futuro* (coord. por S. GINER), Ariel, Barcelona, 2001.



## VII. ÍNDICE JURISPRUDENCIAL.

Corte Constitucional, Sentencia C-1238 de 2004. M.P: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sentencia T-552 de 2003 M.P: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996 M.P: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional, Sentencia C-139 de 1996. M.P: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, Sentencia T-811 de 2004, MP: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sentencia C-139 de 1996, M.P: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, Sentencia T-009 de 2007, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, Sentencia T-667A de 1998, M.P: Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional, Sentencia T-1238 de 2004, M.P: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sentencia T-009 de 2007, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.



COMENTARIOS  
JURISPRUDENCIALES



LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS DIPLOMÁTICOS:  
COMENTARIO DE LA STEDH 17 DE NOVIEMBRE DE 2016. CASO  
KARPETYAN Y OTROS C.ARMENIA.

*THE FREEDOM OF EXPRESSION OF DIPLOMATS: COMMENT ON  
ECHR JUDGMENT OF 17 NOVEMBER 2016. CASE KARPETYAN AND  
OTHERS V.ARMENIA*

*Rev. Boliv. de Derecho* N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 612-619



Jorge Antonio  
CLIMENT  
GALLART

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 5 de marzo de 2017

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de junio de 2017

**RESUMEN:** El TEDH analiza, por primera vez, a través de esta sentencia, la libertad de expresión de los diplomáticos. Su importancia radica en que ampara la restricción de dicha libertad con el fin de garantizar el deber de neutralidad política del Estado.

**PALABRAS CLAVE:** Libertad de expresión, diplomático, neutralidad política del Estado.

**ABSTRACT:** For the first time, the ECHR analyzes, through this judgment, the freedom of expression of diplomats. It is important because the Court accepts the restriction of that freedom in order to guarantee the duty of political neutrality of the State.

**KEY WORDS:** Freedom of expression, diplomat, political neutrality of the State.

**SUMARIO.-** I. EL TEST DE ESTRASBURGO.- II. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN POLÍTICA DE LOS FUNCIONARIOS Y DEMÁS TRABAJADORES DEL ESTADO.- III. EL ESPECÍFICO Y COMPLEJO ROL DEL PERSONAL DIPLOMÁTICO.- IV. LA PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN.

---

## SUPUESTO DE HECHO

El pasado 17 de noviembre de 2016, la Sección Primera del TEDH dictó sentencia por la que desestimaba la demanda interpuesta por el Sr. Karpetyan y otros por lesión del derecho a la libertad de expresión.

El supuesto de hecho se puede resumir como a continuación hacemos. En 2008 se celebraron elecciones presidenciales en Armenia, que ganó el candidato que ya ocupaba el cargo de Presidente. Dicho resultado fue cuestionado desde el principio por sospechas de fraude electoral. Ello dio lugar a numerosas manifestaciones y concentraciones por parte de aquellos que habían apoyado al principal partido de la oposición. Como respuesta, el Gobierno decidió desplegar un considerable contingente policial cuyos agentes practicaron detenciones en masa y, en algunos supuestos, cometieron excesos, siendo la brutalidad policial de tal calibre, que llegaron a haber incluso muertos. Todos estos altercados provocaron que el Gobierno adoptara el estado de emergencia.

Esta situación tuvo un gran impacto mediático a nivel mundial. A su vez, diferentes organizaciones internacionales se mostraron preocupadas por estos sucesos.

Ante las sospechas de fraude electoral, algunos embajadores armenios decidieron emitir una nota pública en la que, en resumen, venían a cuestionar el resultado del escrutinio e invitaban a los demás diplomáticos a unirse a su declaración. Al día siguiente fueron cesados por el Gobierno.

Los demandantes, a la sazón altos cargos del Ministerio de Asuntos Exteriores, emitieron también una nota de prensa, adhiriéndose a lo manifestado por los anteriores. Cabe destacar que en dicho comunicado, aparecían los nombres de los

### • Jorge Antonio Climent Gallart

Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho Internacional Público. Abogado. Su labor investigadora se ha centrado fundamentalmente en el área de los Derechos Humanos y, en particular, los conocidos como derechos y libertades de primera generación, tema este sobre el que ha publicado diversos trabajos. Responsable de la Sección de Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Instituto de Derecho Iberoamericano. Correo electrónico: jorge.climent@uv.es

demandantes, así como su cargo, siendo ampliamente difundido por los *mass media*. Todo ello provocó que también fueran cesados.

Los despidos de estos últimos fueron impugnados, siendo que las instancias internas desestimaron sus recursos, al entender que el cargo que ocupaban les impedía llevar a cabo manifestaciones públicas de naturaleza política, pues con las mismas, se quebraba el principio de neutralidad política que les es exigible.

Finalmente interpusieron demanda ante el TEDH, alegando vulneración del derecho a la libertad de expresión, siendo la misma desestimada.

## DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

A través de la presente sentencia, el TEDH aborda un tema inédito hasta el momento, como es el de la libertad de expresión del personal diplomático en concreto. En el pasado ya había tratado la cuestión de las restricciones a tal derecho, cuando el mismo es ejercido por funcionarios. En dichos casos, generalmente aceptaba que, por su especial situación dentro del Estado, su derecho a la libertad de expresión podía estar sometido a mayores restricciones que para el resto de la ciudadanía. En este sentido, ha venido dando por buenas las justificaciones nacionales basadas en la necesidad de preservar la seguridad nacional, la defensa del orden y la prevención del delito, y el deber de neutralidad política del Estado, entre otras. En la presente sentencia se reconoce que el personal diplomático es el encargado de una de las áreas más sensibles del Estado, como es el de las Relaciones Internacionales. En su cometido debe cumplir escrupulosamente las órdenes que reciba desde el Gobierno, que, a su vez, es el órgano encargado de dirigir la política exterior del país. Así, cualquier cuestionamiento del mismo no solo supondría una vulneración de su deber de neutralidad política, perjudicando así a quien ostente en aquel momento el Poder Ejecutivo, sino que, además, lesionaría gravemente la imagen pública del Estado en el exterior.

## COMENTARIO

### I. EL TEST DE ESTRASBURGO

El TEDH no tiene como papel sustituir la labor jurisdiccional de los órganos internos de un país miembro del Consejo de Europa. Su función se limita a comprobar si las resoluciones adoptadas por ellos resultan o no compatibles con lo dispuesto en el CEDH, en la interpretación dada por dicho TEDH.

Para comprobar si la medida restrictiva estatal, apreciada como justificada por los tribunales internos, es legítima, el TEDH utiliza el llamado “test de Estrasburgo”, es decir, constata si la limitación llevada a cabo por el Estado resulta compatible con

el CEDH, siendo sus requisitos los siguientes: que la limitación venga impuesta por ley; que esté justificada por alguno de los fines establecidos en el apartado 2 del artículo 10 CEDH; y que la medida sea necesaria en una sociedad democrática. Los dos primeros no van a resultar problemáticos; no así el tercero, que es en el que se fundamentan la mayoría de sus sentencias.

El TEDH interpreta el término “necesaria” como “necesidad social imperiosa”, es decir, que la medida restrictiva debe responder a una necesidad social imperiosa en una sociedad democrática. Considerará que la injerencia no responde a una necesidad social imperiosa propia de una sociedad democrática cuando entienda que los motivos alegados por las autoridades nacionales para justificarla no son pertinentes o suficientes, o cuando se entienda que la medida es desproporcionada respecto del legítimo objetivo que se pretende conseguir.

En aplicación del test de Estrasburgo al presente caso, el TEDH ha entendido que la medida restrictiva sí que venía prescrita en la ley de servicio diplomático, la cual establece el deber de neutralidad política de los agentes diplomáticos. Además, dicha ley les obliga, bajo posible sanción de expulsión (entre otras) en caso de incumplimiento, a observar las normas éticas prescritas por el Gobierno, entre las cuales figura garantizar la imparcialidad política del servicio diplomático.

Por otra parte, el TEDH también entiende que con dichas disposiciones sí que se perseguían algunas de las finalidades legítimas previstas en el artículo 10.2 CEDH (la seguridad nacional, la seguridad pública y el orden público), y además asume que la medida adoptada respondía a una necesidad social imperiosa.

## **II. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN POLÍTICA DE LOS FUNCIONARIOS Y DEMÁS TRABAJADORES DEL ESTADO**

El TEDH ya se había manifestado en diferentes ocasiones al respecto de la libertad de expresión de los funcionarios, siendo que su posición se puede resumir de la siguiente manera: quienes trabajan para la Administración Pública tienen reconocido el derecho a la libertad de expresión, como lo tiene el resto de la ciudadanía. Pero con más motivo que los demás, por el puesto que ocupan, se les puede restringir tal derecho, cuando con dicha limitación se persiga alguno de los fines previstos en el artículo 10.2 CEDH: asegurar 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, impedir la divulgación de informaciones confidenciales o garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

En concreto, respecto de la libertad de expresión política, el TEDH ha mantenido una actitud favorecedora a su limitación. Ello se ha manifestado de dos formas:



aceptando como compatibles con el CEDH aquellas restricciones que pretendan asegurar la supervivencia del sistema democrático representativo liberal y dando por buenas aquellas otras que persigan garantizar la neutralidad política del Estado.

Respecto de las primeras, merecen citarse las Sentencias que resuelven los casos *Glasezap contra Alemania* (TEDH 1986\10) y *Kosiek contra Alemania* (TEDH 1986\9). En ellas, el TEDH da por buena la limitación a su libertad de expresión fundamentada en la militancia política de los funcionarios. En ambos casos, se les impide el acceso como funcionarios de carrera, única y exclusivamente por haber expresado su simpatía, en el primer caso, por el KPD (partido comunista alemán) y en el segundo caso, por su militancia en el NPD (partido nacional democrático alemán, de carácter neonazi). Los tribunales internos entendieron que, con dicho bagaje político, los demandantes podían poner en riesgo el régimen democrático liberal del país. Su pasado nazi, con todo lo que ello supuso, así como la existencia de una República Democrática Alemana (RDA) bajo dominio comunista con quien compartían frontera, fue lo que justificó que la entonces República Federal Alemana (RFA) adoptase un modelo de democracia militante. El TEDH validó dicha interpretación, excusándose en una cuestión secundaria: consideró que todo se reducía a las condiciones de acceso a la función pública y que las mismas eran competencia exclusiva del Estado. Pero, en definitiva, dio por bueno el argumentario del Estado alemán.

El segundo de los límites a la libertad de expresión de los funcionarios se justifica en la necesidad de garantizar la imparcialidad ideológica, política y partidista del Estado. Debido precisamente a que aquellos trabajan para la Administración Pública, y teniendo en cuenta el deber de neutralidad política del Estado, es obvio que en su quehacer diario, ni pueden ni deben manifestar opiniones que pongan en duda dicha imparcialidad. Pensemos que el Estado es un sujeto políticamente neutro y sus trabajadores están al servicio de toda la ciudadanía. Dado que la misma está compuesta por personas de diversa ideología, el Estado tiene el deber de mantener no solo la neutralidad política, sino también su apariencia. De lo contrario, los ciudadanos podrían sospechar que el proceder de los trabajadores públicos no está guiado por la legalidad y el interés general, sino por un interés político concreto. Como ejemplo de esta tesis, podemos citar la STEDH por la que se resuelve el caso *Ahmed y otros contra el Reino Unido* (TEDH 1998\92). En este asunto, la Corte Europea se inclinó a favor de los argumentos del país demandado, entendiendo que quien está trabajando para la Administración Pública no puede ni debe dar lugar a la más mínima sospecha sobre su imparcialidad política en la gestión de los intereses públicos. En el mismo sentido se ha pronunciado el TEDH, entre otros, en el caso *Rekvenyi contra Hungría* (TEDH\1999\23).

Ahora bien, el Estado deberá justificar que cuando se lleva a cabo la restricción de la libertad de expresión política del funcionario, la misma responde a una necesidad social imperiosa, es decir, que la medida debe ser pertinente y proporcional respecto del objetivo que se pretende conseguir: garantizar la democracia liberal o asegurar la neutralidad política de la Administración Pública. En caso de que el Estado demandado sea incapaz de demostrarlo fehacientemente, el TEDH amparará al funcionario, reconociendo que su derecho ha sido vulnerado. Como sentencia referencial, en materia de protección de la libertad de expresión de los empleados públicos, se suele citar la que resuelve el caso *Vogt contra Alemania* (TEDH 1995\28).

De todos modos, que este es un tema controvertido lo demuestra la existencia de múltiples votos particulares disidentes en las sentencias que han tratado el tema. También la sentencia comentada cuenta con una Magistrada objetora de la tesis mayoritaria.

### III. EL ESPECÍFICO Y COMPLEJO ROL DEL PERSONAL DIPLOMÁTICO

Dentro de la Administración Pública, el personal diplomático ocupa una posición específica y muy compleja. El Gobierno es quien diseña la política exterior del Estado según su criterio, siendo que los agentes diplomáticos tienen como misión ejecutar la misma. Por ello, es fundamental que en su proceder se limiten a dar cumplimiento a los mandatos que reciban desde el Gobierno, no pudiendo ni debiendo poner en cuestión a ninguno de los órganos del Estado al que representan. Si esto se produjese, la imagen de este país en el exterior quedaría en entredicho, con el correspondiente perjuicio reputacional y de credibilidad que ello le supondría. Pensemos que el Ministerio de Asuntos Exteriores tiene el encargo de velar por una de las materias más sensibles para cualquier Gobierno, como es la de las Relaciones Internacionales. Ello exige que el actuar de todos los miembros del área de Acción Exterior del Estado deba estar perfectamente coordinada, y que no haya ningún tipo de discrepancia, ni apariencia de ello.

En la sentencia comentada, el TEDH considera que el necesario vínculo de especial confianza y lealtad entre el Gobierno y los diplomáticos justifica la restricción de su libertad de expresión cuando con este ejercicio se esté cuestionando aquel. A juicio del TEDH, a través de las manifestaciones efectuadas por los demandantes se estaba poniendo en tela de juicio el resultado de las elecciones, sembrando la duda del fraude en el escrutinio alentada por el principal partido de la oposición. Además, para el TEDH resulta revelador que en la nota de prensa apareciera el nombre y el cargo que ostentaban. Con ello se pretendía dejar claro que dichas declaraciones las estaban llevando a cabo como altos funcionarios del Estado, que formaban parte además del Ministerio de Exteriores, lo cual podía conllevar una mayor confusión y descrédito del Gobierno ante la opinión pública nacional e internacional.

El TEDH también tiene en cuenta que los países en los que, por su reciente historia, se encuentran en un período de consolidación y mantenimiento de la democracia, como es el caso de Armenia, la necesidad de contar con un cuerpo políticamente neutral de funcionarios públicos es más acuciante si cabe, como instrumento eficaz para conseguir aquellos fines.

#### **IV. LA PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN**

Esta es la cuestión más débilmente argumentada desde un punto de vista jurídico de toda la sentencia. Así pues, el TEDH entiende que el despido es proporcional basándose en que el mismo se encontraba previsto en la legislación interna y en las circunstancias concretas del caso, sin especificar más. Para la Magistrada que realiza el voto disidente, la Sra. Lazarova Trajkovska, ello no casa con el principio de proporcionalidad, habida cuenta que es jurisprudencia constante del propio TEDH considerar el despido como una medida excesiva, especialmente cuando hay otras sanciones más indulgentes y apropiadas. En la normativa interna armenia relativa al personal diplomático existían diversos tipos de sanciones: una advertencia, una amonestación, una severa reprimenda, una reducción de salario y, finalmente, el despido. Como indica la Magistrada disidente, los efectos del despido de los demandantes fueron muy graves, pues se les privó de la oportunidad de ejercer la profesión para la que tenían vocación, habían sido formados y en la que habían adquirido aptitudes y experiencia. En resumen, para esta Jueza la medida devendría en desproporcionada porque el Estado se decantó por la sanción más grave, como primera y única opción. No obstante, creemos que dada la posición que los demandantes ostentaban y la tensión social existente en Armenia tras las elecciones, les era exigible el haber actuado con una mayor prudencia.

Aunque sería cierta la tesis que recoge la Magistrada disidente respecto de la proporcionalidad en el ámbito laboral en general, también lo es que en este caso concreto, quizá no sería aplicable. Debido al área tan sensible que estamos tratando, el de las Relaciones Internacionales, resulta absolutamente imprescindible que el Gobierno pueda confiar en todo el personal encargado de la Acción Exterior del Estado, no pudiendo seguir en su cargo aquel que ha traicionado dicha lealtad. Las disfunciones que se podrían dar provocarían un daño sin precedentes al propio Estado. Todo ello hace que una medida que, en cualquier otro caso podría ser considerada como desproporcionada, en este no lo sea.

LA PÉRDIDA DEL CARÁCTER “FAMILIAR” DE LA VIVIENDA  
EN LA QUE SE HABÍA DESARROLLADO LA CONVIVENCIA  
CONYUGAL. COMENTARIO A LA STS NÚM. 524/2017, DE 27  
DE SEPTIEMBRE

*THE LOSS OF THE “FAMILY” CHARACTER OF THE HOUSING  
IN WHICH CONJUGAL COEXISTENCE HAD BEEN DEVELOPED.  
COMMENT ON STS NO. 524/2017, OF SEPTEMBER 27*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 620-635*



Pedro  
CHAPARRO  
MATAMOROS

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 20 de octubre de 2017

**ARTÍCULO APROBADO:** 15 de noviembre de 2017

**RESUMEN:** La atribución del uso de la vivienda familiar realizada por los esposos a uno de ellos en convenio regulador implica la pérdida de la condición de “familiar” de la vivienda, lo que impide que posteriormente pueda ser atribuida al cónyuge custodio al amparo del art. 96.I CC. En este caso, la contribución a la satisfacción de la necesidad habitativa por el cónyuge usuario deberá sustanciarse a través de la pensión de alimentos.

**PALABRAS CLAVE:** Vivienda familiar, cónyuge custodio, cónyuge usuario, derecho de alimentos.

**ABSTRACT:** The attribution of the use of the family home made by the spouses to one of them in a regulatory agreement implies the loss of the “family” status of the home, which prevents it from being subsequently attributed to the custodial spouse under art. 96.I CC. In this case, the contribution to the satisfaction of the housing need by the user spouse must be carried out through the alimony.

**KEY WORDS:** Family home, custodial spouse, user spouse, alimony.

**SUMARIO.-** I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. CONCEPTO Y CARACTERES DE LA “VIVIENDA FAMILIAR”.- II. ¿CUÁNDO HAY QUE ENTENDER QUE LA VIVIENDA HA PERDIDO EL CARÁCTER DE “FAMILIAR”?- III. LA RELATIVIZACIÓN DE LA IMPORTANCIA DE LA VIVIENDA FAMILIAR.- 1. En la jurisprudencia.- 2. En las legislaciones autonómicas en materia de relaciones familiares.- IV. EL RECURSO AL DERECHO DE ALIMENTOS COMO VÍA PARA CUBRIR LAS NECESIDADES HABITATIVAS.

---

## SUPUESTO DE HECHO

La STS núm. 524/2017, de 27 de septiembre, analiza la posibilidad de que una vivienda cuyo uso ha sido atribuido al cónyuge no custodio en el convenio regulador pueda, posteriormente, llegar a servir de habitación del cónyuge custodio y del hijo común en caso de necesidad.

El litigio tiene su origen en la demanda de modificación de medidas formulada por el ex esposo, quien reclama que la custodia exclusiva del hijo, correspondiente a su ex mujer, se convierta en una guarda y custodia compartida. Frente a esta petición, la ex mujer formula demanda reconvenicional, oponiéndose a la guarda y custodia compartida promovida por su ex marido, y solicitando para sí y para el hijo menor de edad común el uso de la que había sido vivienda familiar constante matrimonio, atribuida a aquél en el convenio regulador; y posteriormente adquirida en propiedad por el ex esposo al tiempo de la disolución de la sociedad de gananciales (quien asumió, asimismo, el pago de la parte pendiente del préstamo hipotecario concedido para su adquisición). La ex mujer basa la reconvenición en el incumplimiento por parte de su ex marido de un compromiso de ayuda económica para el alquiler de vivienda y en el despido que había sufrido, dando lugar ello a una situación de inexistencia de ingresos económicos que impediría el pago de la hipoteca de la vivienda que había adquirido y en la que vivía, tras el divorcio, con el hijo menor de ambos.

### • Pedro Chaparro Matamoros

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil de la Universidad de Valencia (España). Doctor en Derecho con Sobresaliente cum laude y Mención Internacional (2017). Licenciado en Administración y Dirección de Empresas (2011), y Máster en Derecho, Empresa y Justicia (2012). Sus principales líneas de investigación son los derechos de la personalidad, el Derecho de Familia en general (y, en particular, uniones de hecho y atribución del uso de la vivienda familiar) y la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información. Galardonado con el Accésit del Premio “Estudios Financieros” en su categoría de “Derecho civil y mercantil” en el año 2013 con el trabajo “La responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información en los supuestos de vulneración del derecho al honor en Internet”. Es Secretario de las revistas “Revista boliviana de Derecho” y de “Actualidad jurídica Iberoamericana”. Es también secretario general del IDIBE.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia rechazó ambas pretensiones, tanto la demanda inicial como la reconvenición, dejando, pues, las cosas como estaban con anterioridad al inicio del proceso.

La ex mujer, no conforme con la decisión de primera instancia, interpuso recurso de apelación frente a dicha resolución, siendo ahora, en segunda instancia, acogida su pretensión. Así, la Audiencia Provincial estima necesario atribuir el uso de la vivienda en la que se había desarrollado la convivencia conyugal a la ex mujer y al hijo común, considerando que existía una modificación de las circunstancias tenidas en cuenta en su momento, al haber perdido aquélla el empleo que venía desempeñando, con lo que, previsiblemente, no podría hacer frente al pago del préstamo hipotecario que había suscrito para la adquisición de una nueva vivienda. En consecuencia, y ante el eventual riesgo de desamparo del menor, la Audiencia Provincial decide privar del uso de la vivienda familiar a su titular, al ex marido.

Frente a la sentencia de segunda instancia, el ex marido interpone recurso de casación, cimentándolo en la infracción del art. 96 CC. Así, el ex marido sostiene que la solución contemplada en el art. 96.I CC se aplica en defecto de convenio aprobado por el juez, algo que no ocurre en el caso que se analiza, en el que, precisamente, existió un convenio regulador que atribuía el uso de la vivienda familiar al padre. Considera, así, que desde el momento en el que se aprobó el convenio, la vivienda quedó desposeída del carácter de "familiar".

Junto a este argumento, el recurso de casación del ex esposo esgrime un segundo motivo, cual es el hecho de que la Audiencia Provincial se ha opuesto a la doctrina jurisprudencial consolidada del Tribunal Supremo en sede de modificación de medidas, según la cual ésta debe tener su base en un hecho actual y no en un posible hecho futuro, como sería, en este caso, la eventual imposibilidad de pagar el préstamo hipotecario como consecuencia de haberse quedado la ex mujer sin su puesto de trabajo.

## DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El Tribunal Supremo, en su argumentación, da la razón al ex marido, considerando que no cabe mantener el carácter de "familiar" de la vivienda después de haberse atribuido su uso a aquél en el convenio regulador. Así, en este sentido, transcribe su relativamente reciente STS núm. 284/2016, de 3 de mayo (que se pronunció sobre el mismo asunto), según la cual, en síntesis, "la vivienda que fue familiar dejó de serlo por acuerdo entre los esposos y porque como consecuencia de la atribución al esposo del domicilio conyugal y la compra de otra por la esposa, a la que se trasladó a vivir con la hija, quedaron satisfechas las necesidades de habitación".

Desde luego, esto no puede significar un desconocimiento y desentendimiento de las necesidades habitativas del hijo económicamente dependiente, a las que deberá atender el padre, si bien, como matiza el Tribunal Supremo, esto no podrá hacerse por la vía de una "atribución posterior del uso de una vivienda que, habiendo sido familiar, perdió tal condición", sino que "ello habrá de ser planteado en el ámbito del derecho a alimentos (artículos 142 y ss. CC)".

## **I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. CONCEPTO Y CARACTERES DE LA "VIVIENDA FAMILIAR".**

La sentencia objeto del presente análisis aborda el controvertido tema del carácter "familiar" de la vivienda, o mejor dicho, estudia cuándo se puede considerar que una vivienda ha perdido el calificativo de "familiar"; en particular, si la aprobación de un convenio regulador en el que se establece el uso de la que habría sido vivienda familiar en favor de uno de los cónyuges supone la pérdida de dicho carácter. A nuestro juicio, para llegar a tal punto resulta más pedagógico comenzar exponiendo cuándo una vivienda puede considerarse "familiar".

Conviene distinguir, antes de nada, el concepto coloquial de "vivienda familiar" de su acepción jurídica a efectos de la aplicación del art. 96.I CC. Así, desde el punto de vista coloquial, podemos calificar de "familiar" una vivienda que dé cobijo a múltiples manifestaciones familiares (o, si se prefiere, afectivas), como la cohabitación (parejas de hecho), los hogares unipersonales, las familias monoparentales, las familias reconstituidas, etc.

Por su parte, desde el punto de vista jurídico, y a efectos de la aplicación del art. 96.I CC, existe un consenso absoluto, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, en definir como "vivienda familiar" aquella en la que se desarrolla la convivencia familiar de forma habitual y continuada hasta que sobreviene la crisis familiar:

En lo que aquí interesa, la diferencia expuesta no resulta superflua, en la medida en que la aplicación del art. 96.I CC no se produce indiscriminadamente a todos los supuestos en que haya existido convivencia y afectividad entre dos personas. Así, el paradigma de esta afirmación podría ser la ruptura de una unión de hecho sin descendencia común. En este sentido, hay que tener en cuenta que a las uniones de hecho no les resultan aplicables, con carácter general, las reglas del matrimonio, de suerte que no es posible aplicar analógicamente el art. 96.III CC para decidir el destino de la vivienda familiar una vez cesa la convivencia. En cambio, sí resulta aplicable el art. 96.I CC a los supuestos de ruptura de uniones de hecho, si bien, no sobre la base de una pretendida equivalencia o analogía entre la situación en la que quedan los convivientes y los cónyuges tras la ruptura, sino acudiendo a la necesidad de protección de los hijos económicamente dependientes, que, por imperativo del art. 14 CE, resulta idéntica en ambos casos.



Volviendo al concepto jurídico de "vivienda familiar", observamos que se caracteriza por la concurrencia de dos notas básicas (desarrollo de la vida familiar y habitualidad de la convivencia). Junto a ambos requisitos, hay que tener en cuenta otro: la "habitabilidad". Considerando este requisito, habrá que excluir del concepto de "vivienda familiar" espacios insalubres o que no reúnan unas condiciones mínimas de habitabilidad, bien por tratarse de espacios reducidos (trasteros, garajes, etc.), bien por tratarse de espacios cuyas condiciones higiénicas no sean las más idóneas (solares, chabolas, chozas, cabañas, establos, almacenes, fábricas, edificios ruinosos abandonados, etc.).

En cualquier caso, y excluidos los espacios que no reúnen los requisitos de desarrollo de la vida familiar; habitualidad de esa convivencia familiar; y habitabilidad, podría ocurrir que, fácticamente, hubiese dos o más viviendas que, al mismo tiempo, cumpliesen con los citados requisitos. Así, por ejemplo, un matrimonio podría tener dos viviendas, en dos ciudades distintas, y vivir cada cónyuge en una de ellas por motivos laborales. También, en el caso de cónyuges con hijos que tengan que irse fuera de casa para realizar los estudios universitarios deseados, un cónyuge podría vivir junto al hijo que estudia en otra ciudad, en una vivienda propiedad del matrimonio y situada fuera de la localidad en la que venían conviviendo, y permanecer el otro con el resto de hijos en la vivienda en la que se había venido desarrollando la convivencia familiar.

Como se observa, resulta complejo delimitar cuál es la vivienda familiar en los casos en que no exista una única vivienda en la que se desarrolle de modo habitual la convivencia familiar; sino que existan varias, utilizadas en función de la época del año o de otras circunstancias. Ello ha llevado a la doctrina a tratar de establecer un concepto objetivo de vivienda familiar; recurriendo a tal efecto, principalmente, al art. 105 CC ("No incumple el deber de convivencia el cónyuge que sale del domicilio conyugal por una causa razonable y en el plazo de treinta días presenta la demanda o solicitud a que se refieren los artículos anteriores").

En la medida en que el Código Civil habla indistintamente de "domicilio conyugal" (arts. 70 y 105 CC), "vivienda familiar" (arts. 90, 96 y 103 CC), y "vivienda habitual" (arts. 1320, 1321 y 1406 CC), para referirse a la vivienda en la que tiene lugar la convivencia familiar; parece razonable entender que es aquella en la que se fija el domicilio conyugal. Por tanto, a efectos del art. 96.I CC, es "vivienda familiar" aquella en la que los cónyuges fijan su domicilio, atendiéndose, pues, al elemento volitivo de los cónyuges: parece lógico suponer que la vivienda en la que fijan su domicilio será la misma en la que desarrollarán la convivencia familiar de forma permanente.

Esta interpretación hace que, de algún modo, la atribución del carácter de familiar a una vivienda a los efectos del art. 96.I CC sea objetiva, con base en dicho criterio de ser aquella en la que se fije el domicilio conyugal. De esta forma, se solventa el

problema teórico-práctico de tener que determinar cuál de entre las varias viviendas que reúnan los caracteres de desarrollo de la convivencia familiar, habitualidad y habitabilidad, merece el calificativo de “vivienda familiar”.

## II. ¿CUÁNDO HAY QUE ENTENDER QUE LA VIVIENDA HA PERDIDO EL CARÁCTER DE “FAMILIAR”?

Una vez delimitado el concepto de vivienda familiar, toca ahora acotar cuándo una vivienda puede perder el carácter de familiar. En principio, hay que partir del hecho de que la consideración de “familiar” no es inmutable ni se predica de una vivienda *ad eternum*. Sin embargo, lo que no resulta tan claro es precisar el momento en que una vivienda pierde el carácter de “familiar”.

Desde luego, no se trata de una cuestión baladí, pues la consideración de “familiar” de una vivienda supone la posibilidad de brindar protección al cónyuge custodio y a los menores que convivan con él, lo que, seguramente, irá en detrimento de los intereses patrimoniales del cónyuge no custodio.

Se trata de una de las cuestiones más complejas que pueden plantearse en sede de atribución del uso de la vivienda familiar, y sobre la que existen múltiples teorías. En línea de principio, hay que tener en cuenta que el concepto de “vivienda familiar”, una vez producida la crisis matrimonial y atribuido a uno de los cónyuges un derecho de uso sobre la misma, se matiza en cierta medida, para seguir hablando de “vivienda familiar” de aquella en la que no conviven todos los integrantes de la familia.

Sin embargo, la pérdida del carácter de “familiar” no deriva del hecho anterior, sino que va asociada, a nuestro juicio, a la extinción (o a la no aplicación) de la protección que ofrece el art. 96.I CC. Es decir, la vivienda seguirá siendo “familiar”, una vez producida la crisis familiar, si recae sobre ella la medida contemplada en el art. 96 CC (atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges). Y lo seguirá siendo hasta que finalice dicho periodo de uso de la vivienda familiar (por el motivo que sea), momento a partir del cual dejará de ofrecer protección a los integrantes de la familia ex art. 96.I CC. Asimismo, la vivienda se verá despojada del carácter de “familiar” en el caso de que, producida la crisis familiar, el destino de la vivienda se ventilara al margen de las previsiones del art. 96 CC, como es el caso que acontece en la sentencia aquí analizada.

Sin pretensiones de exhaustividad, habida cuenta la rica y variada casuística existente en la materia, podemos enumerar una serie de supuestos en los cuales la vivienda pierde el carácter de “familiar”:

- a) *La desafectación de la vivienda familiar del uso de morada de la familia*

Un primer supuesto, de todo punto lógico, sería la desafectación de la vivienda familiar del uso de morada de la familia. En efecto, podría ser que los cónyuges acordasen la enajenación de la vivienda en la que habían desarrollado su convivencia, con la finalidad de obtener unos ingresos económicos que les permitieran hacer frente a sus respectivas necesidades habitativas.

Igualmente, y aunque menos frecuente en la práctica (porque no implicaría la ruptura de lazos entre los cónyuges), pero en muchos casos necesario ante la ausencia de compradores, hay que incluir dentro de este supuesto el arrendamiento de la vivienda familiar.

*b) La ejecución de la hipoteca sobre la vivienda*

Supone la extinción del derecho de uso (y la consiguiente pérdida de la condición de "familiar") la ejecución de una hipoteca sobre la vivienda familiar usada, ya estuviera aquélla constituida anteriormente al nacimiento del derecho de uso (en cuyo caso no tendría importancia que éste estuviera o no inscrito); o posteriormente, siempre y cuando el derecho de uso no estuviera inscrito, y el acreedor hipotecario cumpliera los requisitos del art. 34 L.H. En cualquier otro caso, el derecho de uso seguiría vigente y, con ello, se mantendría el carácter "familiar" de la vivienda.

*c) La destrucción de la vivienda familiar*

Evidentemente, en caso de desaparecer físicamente la vivienda familiar, o de quedar en estado ruinoso que frustrara los fines de servir de habitación, tampoco se podría hablar ni de "familiar", ni de "vivienda". En esta causa de extinción se puede encuadrar también el fenómeno de la expropiación forzosa de la vivienda familiar.

*d) Expiración del periodo de uso de la vivienda concedido*

Otro supuesto en el cual la vivienda perdería el carácter de "familiar" y la protección ex art. 96.I CC que le acompaña sería la finalización del plazo de uso concedido. En efecto, si partimos de la vinculación existente entre el calificativo de "familiar" y la protección concedida por el art. 96.I CC, resulta evidente que, finalizada dicha protección, la vivienda pierde el carácter de familiar.

*e) Abandono de la vivienda por parte del cónyuge usuario*

En alguna ocasión, de forma excepcional, ocurre que el cónyuge a quien se había atribuido el derecho de uso de la vivienda familiar, abandona ésta para ir a vivir a otra vivienda. Los motivos pueden ser variados; por ejemplo, por irse a vivir en compañía de su nueva pareja sentimental o por acceder a una vivienda que esté más próxima a su entorno vital (empleo, colegio de los hijos, vivienda de sus padres, etc.). En

este supuesto se produciría una renuncia al derecho de uso de la vivienda familiar; que supondría una causa de extinción del mismo, con la consiguiente pérdida del calificativo de “familiar” de la vivienda.

Evidentemente, ha de ser un abandono libre y espontáneo de la vivienda familiar por un tiempo prolongado y con carácter definitivo, sin que pueda considerarse abandono a estos efectos el puntual desuso de aquélla.

En la jurisprudencia, la SAP Málaga núm. 686/2008, de 22 de diciembre, extinguió el derecho de uso de la vivienda familiar que le había sido atribuido a la ex mujer, tras constatar que ésta se había trasladado a una localidad distinta y había establecido en ella su residencia, matriculando al hijo menor en un colegio mucho más próximo a la nueva residencia que al domicilio familiar:

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que, en caso de abandono de la vivienda familiar por el cónyuge usuario, el cónyuge no usuario podría instar un juicio de modificación de medidas solicitando para sí el uso de la vivienda familiar; que, de ser aceptado por el juez, supondría que la vivienda no perdería el carácter de “familiar”, por seguir brindando protección a uno de los cónyuges ex art. 96 CC.

En este sentido, la SAP Valencia núm. 27/2015, de 19 de enero, confirmó la sentencia de instancia, que había atribuido el uso de la vivienda familiar al ex marido tras constatar que la ex esposa, adjudicataria inicial del mismo, se había trasladado a vivir con su madre. La Audiencia rechazó, además, la compensación por la pérdida del uso solicitada por aquélla en virtud del art. 6.1 de la Ley valenciana núm. 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (declarada posteriormente inconstitucional por la STC núm. 192/2016, de 17 de noviembre). Dice así que “consta que la demandada abandonó voluntariamente la vivienda familiar cuyo uso le fue adjudicado, como reconoció en la vista, para irse a vivir con su madre, de modo que no puede reconocérsele la compensación por el no uso de un derecho al que ha renunciado, pues debe entenderse que si renuncia al uso, no tiene derecho a la compensación, y además compró otra vivienda en la localidad de Chiva, que en el momento de la vista estaba desocupada, con lo que sus necesidades de alojamiento están más que atendidas”.

No todo abandono, sin embargo, es susceptible de implicar la extinción del derecho de uso y, en consecuencia, la pérdida de la condición de “familiar” de la vivienda. A este respecto, alguna sentencia de finales del siglo pasado y principios del presente consideró, en los casos en que el cónyuge custodio asignatario del uso de la vivienda pasaba a convivir con su nueva pareja en una residencia distinta de aquélla, que no se podía extinguir el derecho de uso, porque ello supondría privar de protección a los hijos económicamente dependientes en caso de ruptura del cónyuge custodio con su nueva pareja.

Sin embargo, parece más razonable sostener que, en caso de necesidad del cónyuge no usuario, pueda extinguirse el primigenio derecho de uso y serle atribuida a aquél la vivienda (mediante el correspondiente juicio de modificación de medidas), sin perjuicio de volver a realizar un cambio en el uso de la vivienda en caso de que existiera una necesidad habitativa por parte de los hijos económicamente dependientes. En este sentido, la SAP Murcia núm. 706/2009, de 23 de diciembre, estimó que la necesidad del ex marido era "preferente respecto a una expectativa de derecho o una hipotética necesidad futura de su hija [...], que de hacerse realidad podrá dar lugar al procedimiento y reconocimiento oportuno, pero que en este momento debe ceder ante la necesidad real y actual de [aquél]". Esta solución, desde luego, implica un ahorro en la economía familiar (el ex marido, si fuera el caso, no tendría que vivir de alquiler) que seguramente mejorará la satisfacción de las eventuales pensiones compensatoria y/o de alimentos establecidas a cargo de aquél.

*f) Momento de producción de la crisis familiar en el caso de viviendas cedidas en precario*

En el caso de viviendas cedidas en precario por familiares de uno de los cónyuges (generalmente, los padres), el cónyuge custodio no ostenta derecho alguno que le habilite a continuar usando la vivienda, ya que el art. 96.I CC parte en su aplicación de una premisa muy clara: que la vivienda sea común o privativa de uno de los cónyuges, sin que sea posible imponer al propietario de la vivienda que soporte la carga del art. 96.I CC.

Por tanto, tras la crisis familiar, el juez no puede aplicar, teóricamente, el art. 96.I CC para conceder un derecho de uso al cónyuge custodio. Así lo estableció la STS núm. 910/2008, de 2 de octubre, según la cual "La situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial".

En consecuencia, desde un punto de vista teórico, la vivienda dejaría de ser "familiar" automáticamente tras el momento de producción de la crisis familiar. Sin embargo, en la práctica, en ocasiones el juez que conoce de la crisis familiar concede un derecho de uso al cónyuge cuyos padres no cedieron la vivienda, por lo que ésta sigue siendo familiar, posponiéndose la pérdida de dicho carácter hasta el momento en que los suegros propietarios recuperen la vivienda mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario.

*g) Atribución del uso de la vivienda al cónyuge no custodio en el convenio regulador*

Es el supuesto que analizamos aquí. La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges en el convenio regulador, implica la existencia de un acuerdo sobre el destino de aquélla, lo que, a su vez, impide que haya que poner en marcha el mecanismo de atribución judicial del uso contemplado en el art. 96 CC.

A nuestro juicio, desde el mismo momento en que el destino de la vivienda se ventila al margen del art. 96 CC, aquélla pierde su condición de “familiar”, sin que en el futuro pueda ofrecer protección al cónyuge al que no se asignó. En el caso, la pretensión de la mujer de que le sea atribuido el uso de la vivienda familiar tras su despido, parece claramente abusiva, sin que pueda justificarla el hecho de que conviva con el hijo menor de ambos. Por un lado, de admitirse su pretensión, se estaría menoscabando la seguridad jurídica, pues el cónyuge propietario-usuario no sabría a ciencia cierta si va a poder residir en la vivienda, algo que parece especialmente grave si se tiene en cuenta que se está haciendo cargo de la parte de préstamo hipotecario pendiente.

Por otro lado, no parece razonable hacer responsable al cónyuge propietario-usuario de la mala fortuna de su mujer, pues seguramente a él no le incumbió la decisión de acometer un préstamo hipotecario en un contexto laboral inestable y precario, como es el que viene caracterizando a España desde finales de la primera década de los 2000.

Sobre la cuestión, la sentencia objeto del presente análisis remite a la STS núm. 284/2016, de 3 de mayo, la cual conoció de un supuesto muy similar y cuya doctrina reproduce. En dicha sentencia, el alto tribunal afirma que “la vivienda que fue familiar dejó de serlo por acuerdo entre los esposos y porque como consecuencia de la atribución al esposo del domicilio conyugal y la compra de otra por la esposa, a la que se trasladó a vivir con la hija, quedaron satisfechas las necesidades de habitación. La sentencia [recurrida] recupera el carácter familiar de la vivienda que dejó de serlo por voluntad de los interesados, y ello contradice la jurisprudencia de esta Sala. La atribución del uso a la menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario, como dicen las sentencias de 29 de marzo y 10 de octubre de 2011, y esta tutela de los intereses del menor, siempre prevalentes, se procuró en su momento y se mantiene en la actualidad; actualidad que es ajena a las vicisitudes posteriores desde el momento en que dejó de tener el carácter al que la norma asocia el uso”. Es decir, desde el momento en que existe un acuerdo entre los cónyuges de asignar el uso de la vivienda a uno de ellos, ésta pierde su condición de “familiar” (lo que implica la imposibilidad de aplicar el art. 96 CC), sin que posteriormente pueda recuperar dicha condición.

El problema de fondo que se plantea en el caso resuelto por la sentencia aquí analizada es que, tras la situación en la que queda la mujer, existe riesgo de que el hijo menor no vea cubierta su necesidad de habitación. Sin embargo, como acertadamente advierte el Tribunal Supremo, no atribuir el uso de la vivienda al cónyuge custodio no implica que el cónyuge no custodio se pueda desentender de las obligaciones que como progenitor le atañen, particularmente, de la obligación habitativa del menor, a la que deberá hacer frente mediante al recurso a otros instrumentos (pensión de alimentos).

Además, como ya hemos explicado al referirnos en su momento a la SAP Murcia núm. 706/2009, de 23 de diciembre, la necesidad habitativa actual del padre es "preferente respecto a una expectativa de derecho o una hipotética necesidad futura de su hija [...]"; pues el previsible impago de la hipoteca y la consiguiente ejecución de la misma es un hecho futuro, que no ha quedado acreditado en el proceso.

### III. LA RELATIVIZACIÓN DE LA IMPORTANCIA DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

En la sentencia comentada, se observa la tendencia de los jueces a relativizar, en nuestros días, la importancia de la vivienda familiar. Tradicionalmente, la continuidad habitativa del menor en el uso de la vivienda familiar era indiscutible, por los beneficios que, en teoría, suponen para el desarrollo de la personalidad el mantenimiento de aquél en el entorno vital en el que ha crecido.

Sin embargo, la progresiva implantación del sistema de custodia compartida está relativizando la importancia de la vivienda familiar, en la medida en que la no convivencia simultánea con ambos progenitores obliga a los jueces (salvo en el caso de que se acuerde el uso alternativo de la misma) a ofrecer soluciones que implican que los hijos económicamente dependientes tengan que abandonar (temporal o definitivamente) la vivienda familiar. Incluso, yendo más lejos como enseguida veremos, en supuestos de custodia monoparental, el Tribunal Supremo y algunas legislaciones autonómicas prevén que el uso de la vivienda familiar pueda ser atribuido al cónyuge no custodio (si su interés es el más necesitado de protección) en los casos en que el cónyuge custodio tuviese medios suficientes para cubrir la necesidad habitativa propia y de los hijos.

Ello se ha traducido en un cambio de mentalidad de los jueces, quienes, si bien siguen partiendo, a la hora de resolver las crisis familiares, de la necesidad de mantener al hijo económicamente dependiente en la vivienda familiar, no tienen reparos en ofrecer distinta solución en el caso de que el mantenimiento de aquél en la vivienda familiar suponga un claro desequilibrio de los intereses en juego, por implicar dicha medida un perjuicio desmesurado a los intereses del progenitor no custodio propietario de la vivienda.

## I. En la jurisprudencia.

Sin ir más lejos, la sentencia comentada se puede contrastar con otra sentencia que resuelve un caso similar, ofreciendo una solución distinta. En este sentido, la SAP Valencia 20 enero 1995 accedió a la modificación de medidas solicitada por la ex mujer. En el caso, la vivienda familiar había sido atribuida en el convenio regulador de la separación al ex marido, si bien éste no la usaba (lo que quedó acreditado en el proceso tras comprobar que la vivienda no recibía suministro de energía eléctrica desde noviembre de 1988), mientras que su ex cónyuge vivía de alquiler, lo que motivó que la Audiencia decidiera aplicar el art. 96.III CC y atribuir, por mor de dicho precepto, el uso de la vivienda familiar a la ex mujer. En este supuesto, a nuestro juicio, con la atribución del uso de la vivienda familiar efectuada en el convenio regulador ésta habría sido despojada del carácter de “familiar”, si bien, posteriormente recupera dicho carácter mediante la atribución de su uso concedida por la Audiencia al amparo del art. 96.III CC.

Esta sentencia, toda vez ser similar, tiene un matiz que hace que la solución ofrecida por la Audiencia sea plenamente entendible, máxime en una época y en un contexto de sobrevaloración de la vivienda familiar. Y es que en este caso ésta no estaba siendo usada por el cónyuge asignatario de la misma, lo que explica el cambio en el uso realizado por la Audiencia. Sin embargo, dudamos de que la solución ofrecida hubiese sido la misma en la actualidad, toda vez no usarse la vivienda. Nos inclinamos, en cambio, por pensar que, probablemente, se hubiera recurrido al derecho de alimentos, salvo que éste no se estuviere satisfaciendo correctamente o existiera riesgo de que ello sucediera.

La pérdida de importancia de la vivienda familiar se advierte también en otras sentencias del Tribunal Supremo, en las cuales éste ha optado por atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio. Se trata de una solución que ha empleado el alto tribunal en supuestos muy concretos con el objetivo de tratar de conciliar todos los intereses en juego, relativizando la importancia de la vivienda familiar en los supuestos en que la atribución del uso al cónyuge custodio pudiera suponer que el otro cónyuge quedara en una situación de desamparo.

Desde luego, para poder aplicar esta solución, el Tribunal Supremo parte de un presupuesto ineludible: el cónyuge custodio debe tener medios suficientes para garantizar la necesidad de vivienda propia y de los hijos. V. a este respecto las SSTS núm. 191/2011, de 29 de marzo (RJ 2011, 3021); núm. 671/2012, de 5 de noviembre (RJ 2012, 10135); y núm. 777/2013, de 3 de diciembre (RJ 2013, 7834), de las cuales se puede extraer la siguiente doctrina: “cuando el cónyuge custodio posea otra vivienda en propiedad en la que pueda dar alojamiento digno a los menores, la que fue vivienda familiar podrá ser adjudicada al cónyuge no custodio”.



El supuesto más emblemático, por ser el que mejor refleja la situación aquí analizada, es el resuelto por la STS núm. 671/2012, de 5 de noviembre (RJ 2012, 10135), la cual confirmó la resolución recurrida, que había atribuido al ex esposo el uso de la vivienda familiar (que era privativa suya), por haber adquirido la mujer una nueva vivienda con la que quedaba satisfecha su necesidad habitacional y la de la hija menor común, que había quedado a su cargo. Explica el Supremo que "en el caso presente [...] la madre ha adquirido una nueva vivienda en la que puede habitar la hija menor, sin que ésta quede desprotegida de sus derechos pues, de acuerdo con lo que resulta probado en el procedimiento, «cubre sus necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro en el inmueble de la madre», y no sólo cubre estas necesidades, sino que como consecuencia del cambio, además de que el padre recupera la vivienda y le permite disfrutar de un status similar al de su hija y su ex esposa, mejora con ello su situación económica permitiéndole hacer frente a una superior prestación alimenticia a favor de su hija al desaparecer la carga que representaba el pago de la renta de alquiler".

## 2. En las legislaciones autonómicas en materia de relaciones familiares.

La relativización de la importancia de la vivienda familiar a que nos referimos en este epígrafe se puede observar también en las legislaciones autonómicas en materia de relaciones familiares. Así, el art. 233-20.4 CCCat. dispone que "Excepcionalmente, aunque existan hijos menores, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda si es el más necesitado y el cónyuge a quien corresponde la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos". A su vez, el art. 233-20.5 matiza que "La atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges, en los casos de los apartados 3 y 4, debe hacerse con carácter temporal y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. La prórroga debe solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado y debe tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas".

En muy similares términos se pronuncia el art. 12.3 de la Ley vasca núm. 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, según el cual "El juez podrá atribuir el uso de la vivienda familiar a aquel miembro de la pareja que, aunque no tuviera la guarda y custodia de sus hijos e hijas, objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el otro progenitor tuviera medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los y las menores y fuera compatible con el interés superior de éstos". Al igual que sucede en Cataluña, este uso no es indefinido, sino temporal. Así lo establece el art. 12.5.1, al afirmar que "La atribución del uso de la vivienda a uno de los progenitores por razones de necesidad deberá hacerse con carácter temporal por un máximo de dos años, y será susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las

circunstancias que la motivaron. La prórroga deberá solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado, y tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas”.

E, igualmente, la nueva redacción del art. 96.2.II CC dada por el “Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia”, se manifiesta en este mismo sentido, al disponer que “El Juez podrá atribuir el uso de la vivienda familiar a aquel progenitor que, aunque no tuviera la guarda y custodia de sus hijos, objetivamente tuviere mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el otro progenitor a quien correspondiere la guarda y custodia tuviere medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los hijos y fuere compatible con el interés superior de éstos”, dando, con ello, respuesta a las demandas doctrinales que exigían una modificación del art. 96 CC para que tuvieran cabida en él más supuestos de los que contempla en la actualidad.

#### **IV. EL RECURSO AL DERECHO DE ALIMENTOS COMO VÍA PARA CUBRIR LAS NECESIDADES HABITATIVAS.**

El hecho de que la jurisprudencia acuerde atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio, no implica, sin embargo, que éste pueda desentenderse completamente de las necesidades habitativas del hijo económicamente dependiente, a las que deberá atender en virtud de su condición de progenitor.

Para ello, la jurisprudencia recurre, como no podía ser de otra manera, al derecho de alimentos en sentido amplio. El uso de la expresión “en sentido amplio” no es casual, sino que trata de advertir al lector del hecho de que la atribución del uso de la vivienda familiar y el derecho de alimentos no son conceptos distintos e independientes, sino que aquélla es un concepto integrante del contenido del derecho de alimentos (configurándose como una prestación *in natura*), tal y como resulta de una lectura conjunta de los arts. 142.I CC (que define como alimentos “todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica”) y 149.I CC, según el cual “El obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos”.

Este recurso al derecho de alimentos en sentido amplio se pone de manifiesto no sólo en la sentencia comentada, sino también en algunas de las últimas resoluciones del Tribunal Supremo sobre la materia. Así, las SSTS núm. 31/2017, de 19 de enero, y núm. 167/2017, de 8 de marzo, remitieron a la fijación de una pensión de alimentos para salvaguardar la necesidad habitativa del hijo mayor de edad con discapacidad, razón ésta que no podía conllevar la continuidad *sine die* de aquél en el uso de la vivienda familiar, en detrimento del progenitor titular de la misma.

Dice, así, la STS núm. 31/2017, de 19 de enero, que “Los hijos, menores y mayores, con o sin discapacidad, son acreedores de la obligación alimentaria de sus progenitores [...]. En lo que aquí interesa supone que una vez transcurridos esos tres años y finalizada la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa e hija, la atención a las necesidades de vivienda y alimentos a la hija deberá ser satisfecha, si no pudiera atenderlos por sí misma, mediante la obligación de alimentos de los progenitores”. Dicha doctrina es reiterada posteriormente por la STS 167/2017, de 8 de marzo, la cual concluye que “la discapacidad de un hijo mayor de edad puede posibilitar la fijación de una prestación alimenticia, pero no la atribución de la vivienda familiar”.


Hay que tener en cuenta, finalmente, que el art. 142.II CC contempla la prestación de alimentos a los hijos mayores de edad dependientes económicamente que se encuentren cursando estudios, si bien no prevé, en cambio, el supuesto del hijo mayor de edad con discapacidad. Con las citadas sentencias, se observa que el Tribunal Supremo ha entendido que la obligación de alimentos persiste en dicho caso, equiparando a los hijos mayores de edad con discapacidad a los menores de edad.

A modo de conclusión, la jurisprudencia del Tribunal Supremo está, en nuestros días, relativizando la importancia que tradicionalmente se ha ofrecido a la continuidad habitativa de los hijos económicamente dependientes en la vivienda familiar; cuando ello fuere en detrimento de los intereses del progenitor no custodio propietario de la vivienda familiar. A nuestro juicio, las medidas en tal sentido son absolutamente necesarias, pues de lo que se debe tratar, en definitiva, es de garantizar la necesidad habitativa de los hijos económicamente dependientes afectando de la menor manera posible al resto de intereses en juego (y muy particularmente, a los del progenitor no custodio propietario de la vivienda). Y, en este sentido, el recurso al derecho de alimentos se presenta como un remedio muy eficaz para garantizar dicha necesidad básica de los hijos económicamente dependientes.

EMIGRACIÓN Y RETORNO: DE LA INCAPACIDAD  
PARA SUCEDER EX ARTÍCULO 470 DEL CÓDIGO CIVIL  
A LA “RESTITUCIÓN” DE LA CAPACIDAD SUCESORIA,  
INCLUSO EN FASE DE ADJUDICACIÓN. COMENTARIO A LA  
SENTENCIA NO. 140 DE 8 DE MARZO DE 2017 DE LA SALA  
DE LO CIVIL Y DE LO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL  
SUPREMO DE CUBA

*EMIGRATION AND RETURN: FROM THE INABILITY TO SUCCEED  
EX ARTICLE 470 OF THE CIVIL CODE TO THE “RESTITUTION” OF  
THE SUCCESSORY CAPACITY, EVEN IN THE ADJUDICATION PHASE.  
COMMENTARY ON SENTENCE NO. 140 OF MARCH 8, 2017 OF  
THE CIVIL AND ADMINISTRATIVE CHAMBER OF THE SUPREME  
COURT OF CUBA*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 636-649*



Leonardo  
B. PÉREZ  
GALLARDO

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 20 de junio de 2017

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de junio de 2017

**RESUMEN:** La incapacidad para suceder ex artículo 470 del Código Civil cubano no se aplica si en fase de adjudicación hereditaria, el emigrante ha retornado al país, reasentándose en este. De modo que se "rehabilita" para suceder. De tal manera, el tratamiento de esta causal de incapacidad, rectius, de exclusión para suceder, tiene una naturaleza especial, al no hacerse coincidir necesariamente la capacidad para suceder, en estos extremos, con el momento del deceso de quien deviene causante.

**PALABRAS CLAVE:** Migración; sucesión por causa de muerte; incapacidad para suceder.

**ABSTRACT:** The inability to succeed ex Article 470 of the Cuban Civil Code does not apply if in the phase of hereditary adjudication, the emigrant has returned to the country, resettling in it. So that it "rehabilitates" to succeed. In this way, the treatment of this causality of disability, rectius, of exclusion to succeed, has a special nature, since the ability to succeed, in these extremes, does not necessarily coincide with the moment of death of the person.

**KEY WORDS:** Migration; succession due to death; inability to succeed.

**SUMARIO.-** I. EMIGRACIÓN E INCAPACIDAD PARA SUCEDER EX ARTÍCULO 470 DEL CÓDIGO CIVIL. LA ESPECIAL NATURALEZA DE DICHA CAUSAL.- II. LA ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE REASENTADOS DE LOS CIUDADANOS CUBANOS EMIGRANTES Y SU INCIDENCIA EN MATERIA SUCESORIA.- I. El restablecimiento de la capacidad para suceder aún en fase de adjudicación. Necesidad de probar para la autorización en vía notarial del título sucesorio, el estatus migratorio de los titulares de llamados precedentes. 2. Contenido del juicio de notoriedad notarial en los títulos sucesorios ab intestato. Posibilidad de su rectificación judicial, no nulidad, cuando los llamados han sido alterados.

---

## SUPUESTO DE HECHO

El señor R. F. A., interpone demanda en proceso ordinario ante la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de La Habana, radicándose al número 53/2016, interesando la nulidad del acta de declaratoria de herederos de su difunta madre, la señora C. A. M., título sucesorio por el cual se llaman a la sucesión en calidad de únicos y universales herederos a los hermanos de su madre (tíos de él) nombrados L. A. M. y R. A. M. Al momento de la tramitación de dicho título, el señor R. F. A. tenía la condición de emigrante, por lo que al amparo del artículo 470 del vigente Código Civil, carecía de capacidad para suceder. Sin embargo en el título sucesorio no se probó – como correspondía-, la condición de emigrante de R. F. A., siéndole suficiente a la notario autorizante la declaración de la abogada, promovente del título, en el sentido de que el único hijo de la causante había emigrado del país con carácter definitivo. Los bienes hereditarios de la causante no se habían adjudicado aún a los llamados a la herencia a tenor del título sucesorio que se impugna, en tanto que el señor R. F. A., había retornado al país, reasentándose en él.

La Sala de instancia dicta la Sentencia número 197, de 31 de agosto de 2016, declarando CON LUGAR la demanda establecida y en consecuencia, nula el acta de declaratoria de herederos.

## DOCTRINA

La incapacidad para suceder prevista en el artículo 470 del vigente Código Civil, cuyo carácter absoluto y condicionado por la realidad socioeconómica nacional, exige la concepción de un régimen jurídico distinto al del resto de las causales

• **Leonardo B. Pérez Gallardo**

Profesor Titular de Derecho Civil y Notarial. Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, Notario. Vicepresidente de la Sociedad Cubana de Derecho Civil y de Familia y Vicepresidente de la Sociedad del Notariado Cubano. Presidente del Consejo Editorial de la Revista Cubana de Derecho.

que incapacitan al sujeto con vocación hereditaria para concurrir a la herencia, de modo que el control del estatus migratorio del sucesor, debe ser ejercido hasta la fase de adjudicación del caudal, por la trascendencia que tiene, sobre todo en la sucesión intestada.

## COMENTARIO

### I. EMIGRACIÓN E INCAPACIDAD PARA SUCEDER EX ARTÍCULO 470 DEL CÓDIGO CIVIL. LA ESPECIAL NATURALEZA DE DICHA CAUSAL

No creo haber “hallado” en el Derecho comparado un precepto similar al artículo 470 del Código civil que a mi juicio hoy día no tiene razón de subsistir en un ordenamiento jurídico que se abre al proceso migratorio, tras la modificación de la Ley de migración, operada por la Ley 302/2012, de 11 de octubre. Tampoco pretendo reproducir en este breve comentario lo que ya he dejado por escrito sobre el tema de los antecedentes del precepto y el desfase entre el dictado de la norma y el entorno social en el que hoy se aplica<sup>1</sup>. Tratados internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en Bogotá, en 1948, establece entre los derechos humanos el de fijar residencia en el territorio del Estado del que es nacional (artículo VIII)<sup>2</sup> y otros tratados de derechos humanos extienden el alcance de este derecho, a lo que pudiera entenderse conculca este precepto del Código civil, a saber: el derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país, el cual arbitrariamente no puede ser controlado y menos aún vetado (artículo 13.2 de la Declaración universal de derechos humanos). Igualmente consagrado en el artículo 22.2 de la Convención americana de derechos humanos y en el artículo 12 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, que en su apartado 4 recalca, además, que nadie puede ser, arbitrariamente privado del derecho a entrar a su propio país<sup>3</sup>. Y es que si bien el Código civil no prohíbe en este precepto la entrada al país, los efectos en el orden patrimonial son exactamente restrictivo de derechos,

1 Vid. PÉREZ GALLARDO, L. B.: “Transmisión al Estado del patrimonio del causante sólo en defecto de todos los herederos llamados *ex voluntate* y *ex lege*. Alcance y sentido del artículo 546.1 del Código Civil. La excepción consagrada en el artículo 473.1 del mismo cuerpo legal” en *Boletín de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos*, No. 6, enero-abril del 2001; “Capítulo IV. Constitución del derecho hereditario”, en *Derecho de Sucesiones*, tomo 1 (bajo su coordinación), Félix Varela, La Habana, 2004; “Algunos criterios jurisprudenciales en sede sucesoria de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo. Derroteros del último lustro (2000-2004)”, en *Revista peruana de jurisprudencia*, No. 63, año 8, mayo 2006; “El Derecho de Sucesiones a la luz de la interpretación de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en el cuatrienio 2005-2008 (Primera Parte)” en *Boletín de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos*, No. 37, enero-marzo de 2010; “El Derecho de Sucesiones a la luz de la interpretación de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en el cuatrienio 2005-2008 (Segunda Parte)”, en *Boletín de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos*, No. 38, abril-junio de 2010; “Sucesión por causa de muerte, vivienda, migración y familia en el derecho cubano: un atinado giro copernicano”, en *Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones*, No. 1, 2013.

2 Vid. el contenido de dicha Declaración en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>, consultada el 26 de julio de 2017.

3 Vid. dichos tratados internacionales en <http://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/spenall/pdf/acuerdo01.pdf>, consultada el 26 de julio de 2017.

en tanto que la persona que ha emigrado y no retorna en el plazo hoy día de 24 meses, se entiende al amparo de dicha norma que es incapaz para suceder, al considerársele, en torno verdaderamente peyorativo y desajustado a la realidad, más politizado e ideologizado que técnico, que abandona el territorio nacional, cuando el ciudadano no renuncia ni desatiende su tierra, sino simplemente decida fijar residencia en el territorio de un Estado distinto al suyo, lo cual le es permisible conforme con los tratados y convenciones internacionales. Privarle del derecho a la herencia, constitucionalmente reconocido en el artículo 24 de la Carta Magna, a quien decide residir fuera de Cuba, no tiene justificación. Atrás quedaron aquellos tiempos en que la Ley 989/1961, de 5 de diciembre, dispuso la confiscación de los bienes y derechos de quienes al inicio del proceso revolucionario decidieron partir del país. Una norma que respondió a la euforia y a las pasiones de los primeros tiempos y a necesidades de coyuntura histórica, pero que en todo caso debió haber sido Derecho de aplicación temporal y excepcional y no una norma ordinaria extendido excesivamente en el tiempo como a la postre resultó, abrogada precisamente por el Decreto-Ley 302/2012.

Al final con la aplicación de la norma no se cercenó la emigración, esta ha seguido aumentando y por el contrario se ha privado y se sigue privando del derecho de suceder por causa de muerte a los causantes cubanos que residían en el país, no solo a quienes tomaron esa decisión razonadamente, sino también a niños, adolescentes e incapacitados judicialmente, que no tomaron la decisión *per se* y que en razón de su minoridad o incapacidad, aun residiendo permanentemente en otros países, han tenido que padecer de manera injusta y arbitraria, la rigidez de preceptos como el artículo 470 del Código civil, impidiéndoles toda posibilidad de concurrir a la sucesión, por cualquier título, de familiares cubanos, residentes en el país, con incremento de sus participaciones a favor de otros familiares que no tienen el veto sucesorio que la emigración de un cubano conlleva para él.

La Sentencia *in commento* deja clara la peculiar naturaleza que tiene esta causal de exclusión para suceder, que sin dudas contiene un reproche político del Estado, más que un reproche moral o afectivo del causante de la sucesión frente a los potenciales herederos o legatarios. No es el causante el que se siente ofendido, es el Estado, el que a través del Derecho reprime a aquellos que decidieron emigrar, fijando residencia con vocación de permanencia en otro Estado. Y como quien reprocha es el Estado, no hay posibilidad de alzar el veto que la incapacidad para suceder supone, como acontece en las causales de incapacidad sucesoria reguladas en el artículo 469 y que sí revisten tal naturaleza. El Estado amorra al testador, aplasta la autonomía privada con el Derecho imperativo. Esta causal tiene un tratamiento distinto, de ahí que el legislador le haya dedicado un precepto *ad hoc*. Con ello marca la diferencia. Dicha causal tiene efecto excluyente absoluto, sin posibilidad de redención por parte del testador, quien nada tiene que perdonar



porque la reprimenda no la ha impuesto él. Esta viene del Estado quien no solo sanciona al emigrado sino también al testador al coartarle su planificación hereditaria, pues si bien no está impedido de testar a favor de aquel, la ejecución del testamento según los designios del testador se supeditaría a un cambio de circunstancias: a saber, o que la norma sea derogada – lo cual hasta el momento no ha acontecido-, o que el emigrante decida fijar residencia en el país, antes de que se proceda a la ejecución de la última voluntad, pero de no darse estas circunstancias, la *voluntas testatoris* no tendría buen fin, siendo recomendable en todo caso cuando se testa a favor de una persona que ha emigrado, acudir a instituciones como la sustitución vulgar (*vid.* artículo 482 del Código civil) con la cual se nombran a otras personas, para que alternativamente y según el orden prelatorio establecido por el propio testador, puedan sucederle en defecto de aquellos a quienes el legislador les impide suceder.

De ahí que, el estatuto jurídico de esta causal de incapacidad sucesoria es peculiar, y a ello apunta la sentencia que se comenta. Ciertamente es así.

## II. LA ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE REASENTADOS DE LOS CIUDADANOS CUBANOS EMIGRANTES Y SU INCIDENCIA EN MATERIA SUCESORIA

Según el Diccionario de la RAE, asentarse es un verbo pronominal que significa “(F)ijar (una persona o una población) su residencia en un lugar”, y aunque no aparece la voz reasentarse, teniendo en cuenta que el prefijo *re-*, que es de origen latino, y que en su primer significado implica aquel prefijo “que entra en la formación de verbos con el significado de ‘volver a’”. No cabe duda que reasentarse significa volver a fijar una persona su residencia en un lugar. Y este es uno de los méritos de la Sentencia, el definir con un nombre semánticamente más acertado, al margen de expresiones cargadas de sentido ideológico, la situación de quien decide volver a fijar residencia permanente en Cuba. Quien retorna al país con ese propósito, sin hesitación alguna, se reasienta, vuelve al lugar donde un día estuvo asentado, donde tenía fijada su residencia con vocación de permanencia.

Obsérvese que la Sentencia no habla de repatriados, expresión peyorativa o denigrante para quien decidió emigrar, pues emigrar no significa renunciar a la patria, ni a la ciudadanía. Quien emigró no es un apátrida, no hizo sino ejercicio de un derecho humano, amparado en tratados y convenciones internacionales. El lenguaje no es neutro, es el vehículo para comunicarnos y transmitir ideas. Como ha dicho la Corte Constitucional de Colombia “... no cabe ninguna duda del poder del lenguaje y más del lenguaje jurídico, que es un vehículo de construcción y preservación de estructuras sociales y culturales” (Sentencia C-042/17, Magistrado ponente Aquiles Arrieta Gómez), “(e)l lenguaje es a un mismo tiempo instrumento y símbolo. Es instrumento, puesto que constituye el

medio con fundamento en el cual resulta factible el intercambio de pensamientos entre los seres humanos y la construcción de cultura. Es símbolo, por cuanto refleja las ideas, valores y concepciones existentes en un contexto social determinado. El lenguaje es un instrumento mediante el cual se configura la cultura jurídica” (Sentencia C-804 de 2006, Magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto; aclaración de voto Marco Gerardo Monroy Cabra). Al mismo tiempo, “el uso emotivo de las palabras utilizadas por el legislador al formular una regla de derecho determinada puede interferir derechos fundamentales de las personas” (Sentencia C-1088 de 2004, Magistrado ponente Jaime Córdova Triviño). En fin, “los signos lingüísticos cumplen no solo una función referencial o denotativa, sino también connotativa, y que muchas veces tienen una carga emotiva e ideológica. Y dado que las palabras, incluidas las palabras de la ley, suelen inscribirse en marcos conceptuales determinados, y normalmente no son ideológicamente neutros, los enunciados legales no solo tienen un uso prescriptivo a través de la regulación de las relaciones jurídicas, sino que también pueden tener otro tipo de usos ‘paralelos’, cumpliendo roles representativos o asertivos, expresivos, constitutivos o declarativos, relacionados con la representación de la realidad, con la reproducción de percepciones, concepciones, cosmovisiones e imaginarios, con la manifestación de sentimientos y emociones, o con insinuaciones sobre el status o condición de ciertos sujetos” (Sentencia C-458/15, Magistrada ponente Gloria Stella Ortiz Delgado).

Según el dictado del artículo 48.1 del Reglamento de la Ley de Migración (tras las modificaciones que introduce el artículo 1 del Decreto 305/2012, de 11 de octubre) “Los ciudadanos cubanos emigrados que pretenden establecer su residencia en el territorio nacional lo solicitan ante las representaciones diplomáticas o consulares, o ante la oficina de trámite del Ministerio del Interior que corresponda, cuando se encuentran en Cuba”, procedimiento regulado por normas internas del Ministerio del Interior. Este proceso concluye con el reasentamiento de quien hasta esa fecha tenía la condición de emigrante. Al declararse CON LUGAR su solicitud, procede entonces expedirse a su favor el documento de identidad. Una vez reasentado, tiene todos los derechos de cualquier cubano, entre ellos el de adquirir la propiedad sobre bienes inmuebles (vetada a los no residentes al amparo del artículo 2 de la Ley General de la Vivienda) y el de heredar a los causantes cubanos residentes en el país. De este modo, opera una especie de restablecimiento o restitución de la capacidad para suceder, sin precedentes en esta sede. Opera un levantamiento del veto legal que la condición de emigrante supone para poder suceder en Cuba. Y ello es el aporte más significativo de esta Sentencia.

Y este levantamiento del veto prohibitivo puede acontecer dentro del íter sucesorio después de la apertura de la sucesión. Tratándose de una sucesión *ab*

*intestato*, antes de construirse el título sucesorio, de manera que al tramitarse la declaración de herederos, serían llamados no solo aquellos parientes o cónyuge, según corresponda, con capacidad para suceder al momento del deceso del devenido causante, sino también quienes por motivo de reasentamiento, ya tienen fijada residencia permanente en Cuba en ese momento, aunque no la tuvieran en el de apertura de la sucesión e igualmente (y este es el caso sometido al foro), cuando ya construido el título, el reasentamiento acontece después.

Es lógico que si el tratamiento que se ha dado a la incapacidad para suceder reconocida en el artículo 470 del Código Civil es diferente a la del resto de las causales de incapacidad sucesoria, al medirse esta incapacidad, tomando en cuenta no el momento del fallecimiento del causante, como sí ocurre con el resto de las causales de incapacidad, sino la época en que tiene lugar la partición hereditaria, de modo que si en ese momento ya se tiene la condición de emigrante, también se le considera incapaz para suceder. Igual tratamiento debiera tener entonces una situación inversa, siguiendo idéntico hilo conductor y la misma lógica jurídica. Así, si una de las personas con derecho a la herencia (ya sea por testamento o por ley) retorna al país, después del fallecimiento, pero antes de la adjudicación, e incluso después de la tramitación del título sucesorio (de ser una sucesión *ab intestato*) en el que no fue incluida, debería prosperar su *petitum* de su inclusión en el título sucesorio *ab intestato*, y por supuesto, en cualquier caso, en el acto de partición de la herencia, pues su aptitud para suceder ha de entenderse recuperada desde que fija de nuevo residencia permanente en el país, reconociéndosele todos sus derechos civiles, entre ellos el de adjudicarse los bienes que como heredero le corresponde, aunque ciertamente no tuviera aptitud para suceder al momento mismo del deceso del causante, pero se trataría de la peculiar situación jurídica, de una herencia si bien ya deferida, no adjudicada. Por lo tanto, para ser justos, si quien emigra, incluido en el título sucesorio, no tiene derecho a adjudicarse la cuota que le correspondía, si el acto particional se practica después de su salida definitiva del país<sup>4</sup>, con toda justeza debiera actuarse de igual forma, en el sentido contrario, o sea, cuando el emigrado retorna en una fecha en la que tampoco se ha practicado la partición hereditaria. Con una visión aproximativa al tema se ha pronunciado antes el Tribunal Supremo en un caso matizado además, por la concurrencia de una menor a la herencia, a quien incluso – como ya he apuntado – nunca debiera declarársele incapaz para suceder, pues supone un perjuicio que riñe con el artículo 3 de la Convención internacional de los derechos del niño, al restringírsele derechos hereditarios, a quien no ha podido tomar partido en la decisión de sus progenitores de emigrar del país. En el supuesto jurisprudencial, aunque la menor había retornado antes de la tramitación del título sucesorio *ab*

4 Entiéndase también la fecha en que se declara a quien hoy ha salido del país, sin pretensión de establecerse definitivamente fuera de Cuba, pero que al transcurrir los 24 meses establecidos en ley, decide no retornar al país. En tal caso se tiene como emigrante no en la fecha en que salió sino en la fecha en que fue declarada su negativa de retorno.

*intestato*, y había salido después del fallecimiento del causante, no cabe dudas que había emigrado, en principio con carácter definitivo, no obstante, la Sala de lo Civil y de lo Administrativo en su Sentencia No. 766 de 30 de noviembre del 2005, primer Considerando (ponente González García), matiza el caso, sobre todo en lo que concierne a qué entender por “abandono” definitivo del país, y en claro pronunciamiento favorable a la menor dice que en “(...) el supuesto de autos en que la menor considerada incapaz para heredar por haber salido del país con posterioridad al fallecimiento de la causante, luego retorna antes de que se declaren sus herederos, con repatriación autorizada, obviamente no puede encuadrarse en la situación fáctica que sirve como fundamento al precepto que se cita por la recurrente como infringido (artículo 470) por la interpelada sentencia, que es el abandono del territorio nacional de forma definitiva (...)”<sup>5</sup>. Quizás más conectada con las ideas que he venido exponiendo puede resultar

5 *Se trataba de una menor que residía en Cuba al momento del fallecimiento de la causante y que luego emigra con carácter definitivo del país, al cual retorna después “repatriada”.*

*En el supuesto de autos, una de las notas interesantes es que al momento del retorno todavía no se había tramitado el título sucesorio demostrativo del llamamiento a la herencia ab intestato, pero no puede perderse de vista, que el título da certeza del derecho a heredar, y es vital para acreditar la condición de llamado a suceder, es decir de titular exclusivo o cotitular del ius adeundi, la delación contenida en el acta de notoriedad de declaración de heredero, se entiende nacida en el mismo instante del óbito de quien resulta causante de las sucesión, y en ese instante el menor residía en Cuba, lo cual hace obvio que aunque al momento de emigrar con carácter definitivo, no tenía a su favor un título que le acreditaba como heredero de la causante, sí que lo era, si bien no lo podría demostrar por la carencia de ese título formal, pero materialmente ya estaba llamada, si bien esa delación no se había instrumentado notarialmente. Se entra aquí en la arena movediza de la determinación del momento en que se debe tener la capacidad para suceder que, a diferencia de otros códigos civiles de nuestro entorno histórico y geográfico, que fijan esencialmente, el momento del deceso del causante, como aquel a tomar como referente para determinar la capacidad para suceder de los herederos, el nuestro hace mutis al respecto. Adpero, en Cuba con la introducción de esta peculiar causal de incapacidad para suceder, la situación se torna más confusa, pues no basta con que el llamado esté habilitado para heredar al momento del deceso del causante, porque resida en Cuba en esa fecha, sino porque se requiere que lo haga también al momento de la tramitación del título sucesorio y cuando se proceda a adjudicar la herencia.*

*La sentencia deja claro que se trató, si se me permite decir de una “suspensión de la capacidad sucesoria”, durante el período en que el menor emigró con carácter definitivo del país, pues esta la tenía, cuando falleció, quien devino después causante, y también la “retoma”, al momento de tramitar el título sucesorio, razón por la cual, no debió habersele excluido del título sucesorio demostrativo, ni del título particional. En todo caso, no puede obviarse que el reasentamiento, mal llamado “repatriación” no tiene efectos *ex tunc*, sino *ex nunc*. Desde el momento en que el emigrado vuelve a fijar residencia permanente en Cuba tiene reconocidos todos los derechos previstos por la Constitución y la legislación ordinaria, pero en el caso conocido entiende el Alto Foro, quizás bajo el manto de una *factio iuris*, que la capacidad para suceder solo fue suspendida, no privada, de modo que no se trata de restablecer derechos confiscados o perdidos, sino de continuar en su ejercicio, tras un período de “levitación jurídica”.*

*De ahí que comparta la justeza de ese primer fallo judicial, a cuyo tenor deja sentado el Tribunal Supremo de que “(...) el supuesto de autos en que la menor (sic) considerada incapaz para heredar por haber salido del país con posterioridad al fallecimiento de la causante, luego retorna antes de que se declaren sus herederos, con repatriación autorizada, obviamente no puede encuadrarse en la situación fáctica que sirve como fundamento al precepto que se cita por la recurrente como infringido por la interpelada sentencia, que es el abandono del territorio nacional de forma definitiva (...)”. Con él, el Alto Foro, excluye al menor de la aplicación de los efectos del artículo 470 del vigente Código Civil, que en su momento supuso una “dulcificación”, de las diáfanas consecuencias confiscatorias reconocidas en el artículo 2 de la Ley No. 989/1961, de 5 de diciembre, por fortuna, ya abrogaba.*

*La sentencia tuvo el mérito de resolver, por vez primera, una laguna del ordenamiento jurídico, relativa la situación jurídica de quien, capaz para heredar al momento de su deceso, por reunir todos los presupuestos exigidos *ex lege*, entre ellos el tener fijada residencia en Cuba, emigra, y luego retorna antes de la adjudicación hereditaria. La solución se encara por el Tribunal Supremo al entenderse con capacidad para suceder. En todo caso trasciende, la que se tiene al momento del fallecimiento y su permanencia al tiempo de la adjudicación, sin más efectos que esa “suspensión” que opera por haber adquirido la condición de emigrante definitivo en ese interregno. De ahí se infiere que, si el reasentamiento opera después de la adjudicación, los efectos *ex nunc* que se predicán de esta condición le impiden reclamar derechos sucesorios a quien retorna. Y ello,*

la Sentencia No. 78 de 30 de septiembre del 2011, dictada en proceso ordinario, por la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de La Habana (ponente Herrero Chong), a cuyo tenor los jueces actuantes entendieron que "(...) la pretensión interesada por la promovente no debe prosperar, ya que ella misma ha demostrado que el Sr. (...) ostenta la condición de repatriado, al haber emigrado con carácter definitivo y luego retornado al territorio nacional igualmente de manera definitiva, con lo cual se restablecen y reconocen en él sus derechos como ciudadano cubano, tanto políticos como civiles y dentro de estos últimos se incluyen los patrimoniales, entendiéndose que si bien no se restablecen los que le fueran confiscados con la mentada salida (...), nada obsta para que pueda adquirir otros derechos patrimoniales nuevos. En el caso sometido a nuestra jurisdicción, al regresar el referido señor al país, no se había tramitado el título demostrativo del llamamiento a la herencia ab intestato; si bien había abandonado el territorio nacional al momento del fallecimiento de su madre, con su reinscripción nuevamente en suelo patrio, consideramos que sí le asistirá el nuevo derecho a ser llamado a la sucesión de su extinta progenitora, admitiendo por tanto que está capacitado para ello. Resulta controversial determinar el momento en que se posee capacidad para suceder, no ofreciendo nuestro texto sustantivo solución al respecto y aunque la remiten muchos al momento de la desaparición física del causante o titular del derecho, nos afiliamos a la tesis de que tal capacidad sea extendida más allá, de la muerte, con lo cual la admitimos al instante de que el llamamiento se corporice con el título sucesorio demostrativo correspondiente (...)"

### **I. El restablecimiento de la capacidad para suceder aún en fase de adjudicación. Necesidad de probar para la autorización en vía notarial del título sucesorio, el estatus migratorio de los titulares de llamados precedentes**

Como ya he explicado, el valor de esta sentencia radica entre otras razones en reafirmar que el control por parte de la autoridad, ya sea notarial o judicial, respecto de la capacidad para suceder en el caso de personas que han emigrado del país no se detiene en el momento de apertura de la sucesión, que se hace coincidir con el del fallecimiento de quien deviene causante, sino hasta la adjudicación<sup>6</sup>, ya

---

*aunque se tuviera habilitado para heredar al momento del deceso, pues la situación migratoria devenida después, esfumaría toda posibilidad de adquirir derechos en ese orden, y en tal sentido la repatriación sería extemporánea. Vale una última acotación. La solución judicial, a mi juicio, resultó justa además, por otra razón, amén de la correcta interpretación que se hace desde el Derecho en la búsqueda de la tuición de los derechos subjetivos. Y es que se trata de una menor que no decidió emigrar por sí misma, dada su edad, con lo cual la interpretación del Supremo Tribunal estuvo a tono además con la Convención de los derechos del niño, de la cual Cuba es signataria, motivo por el que se protege con esta decisión judicial los derechos patrimoniales del menor, concretamente los de sucesión por causa de muerte. Otro tanto a favor del fallo judicial.*

6 De ahí que se exprese: "... la relación que establece la inconformidad entre la fecha de la muerte, la obtención de la condición de reasentado a cargo de su contrario y la autorización de la declaratoria de herederos objeto de impugnación, no se aviene a la especial naturaleza de la causal de incapacidad prevista de forma exclusiva en el artículo cuatrocientos setenta del Código Civil, cuyo carácter absoluto y condicionado por la realidad socioeconómica nacional, exige la concepción de un régimen jurídico distinto al del resto de las causales que incapacitan al sujeto con vocación hereditaria

sea para privarlos de la delación hereditaria por haberles sobrevenido la causal de incapacidad sucesoria regulada en el artículo 470, aún después del fallecimiento del causante, o para atribuirles tal condición, algo así como para “restituirles” la capacidad sucesoria que por ley tenían excluida durante el tiempo en que permanecieron en el extranjero con la condición de emigrantes, por cualquiera de las circunstancias previstas en ley, si se reasientan en Cuba después del momento de la apertura de la sucesión y antes de la adjudicación hereditaria<sup>7</sup>.

Por ello se recalca la necesidad de que al tramitarse en sede notarial el acta de declaración de herederos, el notario no se apoye, con exclusividad en la declaración del abogado, quien al concertar el contrato de servicios jurídicos, ha de recabar información sobre la existencia o no de parientes o cónyuge con derecho a la herencia, que tenga la condición de emigrantes, lo cual de ser positivo, ha de probarse con las certificaciones correspondientes expedidas por las autoridades del Ministerio del Interior; sea en supuestos en que el emigrante es uno más de los comprendidos en el llamado sucesorio, o cuando sea el único, como en el caso juzgado, en que el hijo de la causante, era su único descendiente, razón por la cual de acreditarse su condición de emigrante al momento de tramitarse el título sucesorio, se justifica el llamamiento hereditarios a favor de parientes ubicados en llamamientos ulteriores, amén de la rectificación del juicio de notoriedad, -que no nulidad-, como también esclarece la Sentencia *in commento* en su segundo Considerando *in fine*, de probarse ulteriormente su reasentamiento, siempre que ello acontezca antes de la partición y adjudicación hereditaria. De ahí la reprensión hacia la notaria autorizante en el sentido de que “prescindió de comprobar el estatus migratorio de los titulares del primer llamado en virtud de la declaración de la promovente contenida en el convenio de servicios jurídicos aportado, según la cláusula segunda del instrumento analizado, lo que quebranta la imperatividad del artículo ciento seis, inciso b del Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales, con trascendencia a la integración de la causal de ineficacia del artículo dieciséis, inciso d, de la Ley de las Notarías Estatales”.

Luego reiterado en el segundo Considerando de la Sentencia al exigir del notario requerir “de verificaciones, que si bien algunas pueden estar supeditadas a las declaraciones del promovente, aun con las limitaciones que supone la representación letrada imperativa para este tipo de intervención notarial, otras como los fallecimientos y el estatus migratorio de posibles sucesores, requieren bajo el diáfano mandamiento del artículo ciento seis, inciso b de la Ley de las Notarías Estatales, la comprobación documental de manera ineludible por el

---

*para concurrir a la herencia, de modo que el control del estatus migratorio del sucesor, debe ser ejercido hasta la fase de adjudicación del caudal (...)*”.

7 Cabe incluso que ya se haya tramitado el acta de declaración de herederos, supuesto en el cual el notario pudiera rectificar el juicio de notoriedad contenido en dicho instrumento, en el sentido de “restituirle” la capacidad para suceder, siempre que, eso sí, no se haya partido la herencia, ni tan siquiera parcialmente.

actuante, dado el control registral que el Estado ejerce sobre ambos fenómenos, como clara expresión de acatamiento a una estipulación imperativa que tributa a la seguridad jurídica y sobre todo a la emisión de un juicio de notoriedad que se corresponda con la realidad objetiva a la que se refiere”.

En conclusión, la Sentencia deja claro que la capacidad para suceder se restablece si el emigrante se ha reasentado en Cuba, no solo después del fallecimiento de quien causa la sucesión sino también si tal reasentamiento acontece antes del momento de practicarse la partición y adjudicación hereditarias.

## 2. Contenido del juicio de notoriedad notarial en los títulos sucesorios ab intestato. Posibilidad de su rectificación judicial, no nulidad, cuando los llamados han sido alterados

Por último, y no menos importante, resulta el razonamiento a modo de *obiter dictum* que se hace en la Sentencia *in commento*, en el segundo Considerando *in fine*, respecto de la naturaleza jurídica del acta de declaración de herederos. En efecto, al tratarse de un acta de notoriedad –tesis que abraza el Alto Foro–, donde el notario fija precisamente la notoriedad de un hecho que llega ya notorio ante él<sup>8</sup>. Notoriedad que alcanza en la esfera de los hechos el fallecimiento de una persona sin haber otorgado testamento, o habiendo otorgado éste, es inválido, o no agota todo el caudal patrimonial, transmisible a la muerte de su titular y en la esfera del Derecho, la aplicación de las normas del Código civil relativas a los órdenes sucesorios, a los fines de determinar según dichas normas y a partir de los parientes más propinuos del causante o del cónyuge, cuyos lazos parentales o conyugal han sido debidamente probados por vía documental ante el propio notario, quiénes tienen derecho a la sucesión, o sea, a favor de quiénes opera la delación hereditaria. Como expresa IRURZUN GOICOA “La actas de notoriedad contienen, pues, una declaración, un juicio o calificación del Notario, acerca de la percepción que otras personas han tenido de hechos ocurridos en un determinado ambiente o localidad en que el Notario sea competente y una valoración de la situación jurídica que aquellos hechos, ya notorios, han contribuido a crear”<sup>9</sup>.

8 En su Resolución de 16 de abril de 2013 – retomada en la Resolución de 13 de julio de 2016-, ambas de la Dirección de los Registros y del Notariado de España, dicho ente directivo respecto de las actas de notoriedad se pronuncia en el sentido de “que este tipo de actas tienen como contenido el juicio que emite el notario sobre la notoriedad de un hecho, es decir sobre una serie de circunstancias por las cuales ese hecho no necesita prueba. El notario no da fe de la verdad de ese hecho ni de la exactitud de su notoriedad sino que se limita a expresar un juicio sobre esa notoriedad. Da fe, entre otros extremos, de las declaraciones de los testigos pero no de la verdad o evidencia del hecho aseverado por los mismos. El notario no percibe el hecho notorio de «visu et auditu», sino mediatamente. No afirma la evidencia personal de un hecho, sino un juicio de valoración de pruebas. Son actas de percepción de declaraciones o de documentos, con el añadido del juicio de notoriedad, algo que es compatible con la función de jurisdicción voluntaria atribuida a los notarios”. Vid. la última de las resoluciones citadas, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, No. 196, de 15 de agosto de 2016, en <http://s03.s3c.es/imag/doc/2016-09-12/DGRN.ActadeNotoriedad.pdf>, consultada el 27 de julio de 2017.

9 Vid. IRURZUN GOICOA, D.: “Función del acta de notoriedad en el ab intestato. Comentario a la inquietante Resolución de 19 de junio de 2013”, en <http://www.notariosyregistradores.com/doctrinal/ARTICULOS/2013-acta-notoriedad-abintestato-irurzun.htm>, consultada el 27 de julio de 2017.

Tratándose de una subespecie de las actas de calificación jurídica, apunta el Supremo Tribunal, de probarse un cambio en las circunstancias tomadas en cuenta al momento de autorizar el acta, puede el tribunal rectificar el juicio de notoriedad en lo que atañe al llamamiento hereditario, conforme con la realidad. Ergo, si después de autorizada el acta de declaración de herederos<sup>10</sup>, el pariente o cónyuge, emigrante, retorna al país y fija residencia permanente en él, ese “restablecimiento” de la capacidad para suceder del que se ha hablado en estos comentarios, de existir conflicto entre el pariente o cónyuge reasentado con mejor o incluso igual derecho frente al resto de las personas que han sido llamadas a la sucesión del causante y que así consta en el juicio de notoriedad emitido por el notario autorizante, se traduce –judicialmente hablando–, en un *petitum* de rectificación por el tribunal del acta de notoriedad sobre declaración de herederos, en los concretos términos de la persona o personas con mejor o igual derecho a la sucesión hereditaria, o sea, del sujeto o los sujetos con delación hereditaria, quedando subsistente los demás extremos del juicio de notoriedad<sup>11</sup>. En consecuencia, se hace improcedente –según el razonamiento contenido en la Sentencia–, interesar la nulidad del acta de declaración de herederos, *rectius* la nulidad del juicio de notoriedad contenido en el acta, pues en una y otra variante el plano formal o instrumental estaría en todo caso incólume<sup>12</sup>.

10 Y aclaro que coincido con IRURZUN GOICOA en que la denominación de acta de declaración de herederos en ordenamientos jurídicos como el español y el cubano que adoptan el sistema romano de adquisición de la herencia, previa aceptación, sin la cual el llamado no se arroja de la condición de heredero, es una mera ilusión óptica.

Como dice el autor citado “La ‘declaración de herederos abintestato’ no existe. Ni el juez, ni el Notario, desde que entró en vigor la ley de 30 de abril de 1992, declaran o hacen herederos. Lo más que pueden decir, y lo dicen, es a quién corresponde la herencia, quiénes pueden heredar, quienes son los potenciales herederos

El heredero nace y se hace por la libre voluntad de un sujeto que tiene a un favor un título causal que le legitima para ello. (Aparte es el caso del Estado que no haya sido instituido por el testador).

Antes de que esta voluntad nazca, sólo hay una o varias personas en una situación en la que habrán de optar entre aceptar o repudiar la herencia, entre ser herederos o no serlo; esa opción les hace ser ‘herederos potenciales’ y el ejercicio de la opción les convierte herederos si aceptan y les aparta de la herencia, sin suceder al causante, si renuncian.

(...)

Ha sido la Dirección General de los Registros y del Notariado, dicho sea en su honor, la que ha utilizado la postura correcta, desde sus Resoluciones del Sistema Notarial de 18 de enero y de 1 de febrero de 2005 y, de modo singular en la de 28 de junio de 2006 que se expresa, con rotunda claridad en los siguientes términos: ‘El acta de notoriedad para caso de abintestato no es suficiente para acreditar su condición de heredera, pues tal calidad nace por la aceptación de la herencia...’

11 FERNÁNDEZ-TRESGUERRES habla de revisión judicial del juicio de notoriedad en los casos de asignación errónea de derechos hereditarios. Vid. FERNÁNDEZ TRESGUERRES GARCÍA, A.: “El acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, N° 1763, año XLIX, 5 de diciembre de 1995, p. 6076.

12 Sobre este tema he incurionado, defendiendo incluso su rectificación en sede notarial.

Vid. Al respecto PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: “¿Cabe la ‘preterición’ en los títulos sucesorios abintestato?”, en *Revista Jurídica*, Ministerio de Justicia, 3ª época, año 6, No. 13, 2014, pp. 81-92 y la doctrina que allí cito.





EL PHISHING COMO DELITO DE ESTAFA INFORMÁTICA.  
COMENTARIO A LA SAP DE VALENCIA 37/2017 DE 25 DE  
ENERO (REC. 1402/2016)

*PHISHING AS A CRIME OF COMPUTER FRAUD. COMMENT ON SAP  
VALENCIA 37/2017 OF JANUARY 25 (REC, 2402/2016)*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 650-659*



Diego Eloy  
GARCÍA GARCÍA

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 30 de octubre de 2017

**ARTÍCULO APROBADO:** 15 de noviembre de 2017

**RESUMEN:** El “phishing” se revela como una modalidad de estafa informática cuyo objeto principal es obtener del usuario, entre otros, datos, claves o números de cuentas bancarias con la finalidad de obtener un beneficio económico ilícito utilizando para ello de forma fraudulenta y mediando engaño datos personales del usuario. Dicha modalidad delictiva ha ido evolucionando con el paso del tiempo adoptando diferentes perfiles, proliferando actualmente el denominado phishing bancario, el cual tiene como objetivo los clientes de Banco y servicios de pago en línea. La SAP de Valencia se hace eco de los últimos pronunciamientos jurisprudenciales para profundizar en los conceptos de “phishing”, “mulero” y posible responsabilidad del mismo en la comisión del citado delito informático.

**PALABRAS CLAVE:** Phishing, mulero, datos personales, ignorancia deliberada.

**ABSTRACT:** “Phishing” is a modality of computer scam whose main purpose is to obtain from the user, among others, data, passwords or bank account numbers in order to obtain an illicit financial benefit by using it fraudulently and mediating scam user’s personal data. This criminal modality has evolved over time adopting different profiles, currently enabling the so-called banking phishing, which aims to bank customers and online payment services online. The sentence of AP reflected the last judgmental decisions to deepen in the concepts of “phishing”, “mulero” and possible responsibility of the same in the commission of the mentioned computer crime.

**KEY WORDS:** Phishing, “mulero”, personal data, wilful blindness.

**SUMARIO.-** I. EL CONCEPTO DE PHISHING Y SU CONSIDERACIÓN COMO DELITO DE ESTAFA INFORMÁTICA TIPIFICADO EN EL CÓDIGO PENAL.- II. RESPONSABILIDAD CUASI-OBJETIVA DE LA ENTIDAD BANCARIA PROVEEDORA DE SERVICIOS DE PAGO EN LÍNEA.- ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY 16/2009. III. RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS DENOMINADOS “MULEROS”.- IV. CONCLUSIONES

---

## SUPUESTO DE HECHO

En fecha 6 de mayo de 2016 el Juzgado de lo Penal nº 17 de Valencia dicta Sentencia por la cual condena al autor de un delito de estafa informática en grado de tentativa a cuatro meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

Del relato de los hechos se extrae que el acusado, con el propósito de obtener un beneficio económico ilícito, consiguió que le fueran transferidas a su cuenta bancaria sendas cantidades de dinero por importe de 300, 5 euros y 1.600 euros procedentes de varias cuentas de la víctima. Para lograrlo, manipuló u obtuvo sus claves de usuario y contraseña, ordenando así directamente éste o mediante la colaboración de terceras personas transferencias por los citados importes, las cuales fueron bloqueadas por la entidad bancaria y el dinero recuperado.

Contra la sentencia dictada en primera instancia se alza el recurrente en apelación aduciendo como motivos de apelación falta de motivación de la sentencia, error en la apreciación de la prueba, infracción de precepto penal y dilaciones indebidas, los cuales son desestimados por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Valencia en una sentencia de 25 de enero de 2017, a excepción de las dilaciones indebidas como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal. El resto de motivos son desestimados sobre la base de que a la vista del relato de los hechos y la prueba practicada, el acusado cometió un delito de estafa informática del artículo 248.2 a) del Código Penal, ya sea por su propia actuación o valiéndose de terceras personas, los denominados “muleros”, encargados de recibir parte de las transferencias para posteriormente entregarlas al “phisher” o autor del delito de contenido informático.

• **Diego Eloy García García**

Colegiado ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Junior en Deloitte Abogados S.LP Fiscal-Legal. Graduado en Administración de Empresas y Derecho por la Universidad de Valencia. Secretario de comunicación del IDIBE.

## DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 25 de enero de 2017 tiene especial importancia porque analiza dos aspectos clave:

-En primer lugar, profundiza en el concepto de phishing a través de la recopilación y análisis de pronunciamientos de otras Audiencias provinciales y del Alto Tribunal, no solo refiriéndose al phishing con carácter general sino concretamente hace hincapié en el phishing bancario como modalidad de estafa informática contenida en el artículo 248.2 a) del Código penal consistente en la utilización de técnicas de sustracción o robo de datos personales de contenido económico, como pueden ser las credenciales de acceso a los servicios de pago en línea o tarjetas de crédito mediante la suplantación de páginas web, a través del correo electrónico o por medio de la utilización de servicios de pago, teniendo como principales víctimas los usuarios de servicios de pago en línea.

-En segundo lugar, analiza en base a qué conducta delictiva y modalidad de actuación o colaboración puede exigírsele responsabilidad penal a los muleros, concluyendo que “hay que estar al caso concreto”, pues hay teorías divergentes entre sí que consideran que puede exigírseles responsabilidad penal como colaboradores en el delito de estafa, como autores de un delito de receptación o del delito de prevención de blanqueo de capitales.

## COMENTARIO

### I. EL CONCEPTO DE PHISHING Y SU CONSIDERACIÓN COMO DELITO DE ESTAFA TIPIFICADA

El término “phishing” ha sido analizado en los últimos años por los distintos órganos jurisprudenciales habida cuenta la incidencia que dicha conducta delictiva sobre la manipulación de los datos personales, y más concretamente, la modalidad de phishing bancario, la cual se ha ido extendiendo y adoptando formas cada vez más difíciles de detectar.

El Tribunal Supremo desde hace años ha analizado éste delito de estafa informática, así destaca la sentencia de 2 de diciembre de 2014 (RJ 845, 2014) relativamente reciente en la que el Alto Tribunal encuadra estas conductas de phishing bancario en el artículo 248.2 a) del Código Penal y explica cómo suele actuar el autor de este tipo de delitos de estafa informática.

La conducta básica que encarna este tipo de delitos consiste en el envío de emails fraudulentos desde direcciones supuestamente de entidades bancarias a la dirección de correo electrónico de la víctima, reclamando datos personales

de contenido económico, como regla general datos de acceso a las cuentas (usuario y contraseña) que la víctima o víctimas tengan abiertas en la entidad o mediante enlaces a una web casi idéntica o muy similar a la de la entidad bancaria, produciendo así engaño en los usuarios con la finalidad de obtener un beneficio económico ilícito mediante la realización de transferencias a la cuenta del autor o autores del delito.

Destaca también la SAP de Vizcaya de 10 de noviembre de 2016 (RJ 429, 2016), en la cual dicho órgano jurisdiccional concreta que en el "phishing bancario" es habitual que "el internauta reciba un correo en el que se le informe de que debe verificar sus cuentas, seguido por un enlace que parece la página Web oficial de la entidad bancaria."

La sentencia objeto de análisis de la Audiencia Provincial de Valencia de 25 de enero de 2017 (RJ 37/2017) profundiza en los conceptos de phishing y mulero, trata de configurar la responsabilidad del mulero y además analiza un caso en el que Bankia S.A como proveedora de servicios de pago en línea consigue bloquear las transferencias realizadas por el autor del delito, desplegando así la requerida diligencia y no generándose responsabilidad civil contractual por haber adoptado la entidad bancaria las medidas necesarias tendentes a la evitación del delito.

El phishing en sí consiste según la Audiencia "en enviar una oferta de trabajo a una cuenta de correo electrónico de un usuario para que desde su propio domicilio pueda acceder a otras cuentas corrientes de personas desconocidas, cuyos datos ha dado voluntariamente el usuario que recibió el correo, obteniendo ingresos propios de la actividad económica legal que se dice realizada en España (...) Ese dinero obtenido, que habitualmente proviene de la sustracción a la cuenta bancaria de otra persona a la que se ha tenido acceso, llega a una cuenta que un individuo o sociedad tiene en lugar de imposible identificación o localización."

La Audiencia a continuación se pronuncia sobre el denominado phishing bancario como técnica de ingeniería social caracterizada *por* intentar obtener información confidencial, consistente en datos personales del usuario, de forma fraudulenta, como pueden ser contraseñas o información sobre tarjetas de crédito u otra información bancaria a través de una técnica consistente en suplantar páginas web o enviar correos electrónicos aparentemente oficiales haciéndose pasar por empresas o entidades de confianza (normalmente Bancos) y solicitando la aportación de datos relativos al usuario y contraseña de acceso a servicios de pago en línea, pues el principal objetivo del autor o autores de estos delitos son los usuarios de servicios de pago en línea.

## II. RESPONSABILIDAD CUASI-OBJETIVA DE LA ENTIDAD BANCARIA PROVEEDORA DE SERVICIOS DE PAGO EN LÍNEA.

El Alto Tribunal, en la sentencia anteriormente mencionada instaura un sistema de cuasi-responsabilidad civil objetiva de las entidades bancarias sobre la base de una falta de diligencia del Banco por no contar con medidas de protección suficientes del servicio de banca online, descartándose así un pretendido deber de autoprotección de la víctima salvo que se trate de "un engaño burdo o fácilmente perceptible que hubiera podido ser evitado por cualquier sujeto pasivo con una mínima reacción defensiva".

Por tanto, el Tribunal Supremo considera que como regla general no se le puede exigir a la víctima del delito mecanismos de autoprotección en orden a evitar la comisión del hecho delictivo, pues por la propia complejidad de las conductas delictivas que configuran este delito de estafa informática es muy difícil que la víctima pueda darse cuenta y en consecuencia evitar que se consumen dichas conductas delictivas, sino que es la entidad bancaria la que debe adoptar los mecanismos de precaución necesarios para evitar dichas conductas delictivas.

En el mismo sentido se pronuncia la SAP de Asturias de 18 de septiembre de 2012 (JUR\2012\369519), la cual considera que existe un sistema de responsabilidad cuasi-objetiva de la entidad bancaria pues es ésta como proveedora de dichos servicios de pago en línea quien debe asegurar la custodia de las claves de acceso y proporcionar los medios de seguridad necesarios para protegerla, y quien en caso de consumarse la conducta delictiva sin haber adoptado los medios necesarios para evitar que se produjera la estafa informática quien deberá "restablecer en la cuenta de pago en que se haya adeudado dicho importe el estado que habría existido de no haber efectuado la operación de pago no autorizada", tal y como dispone el artículo 31 de la Ley 16/2009.

Por tanto, la realización de este tipo de conductas da lugar a la exigencia de dos tipos de responsabilidades:

En primer lugar, una responsabilidad penal consecuencia de la comisión de un delito de estafa informática del 248 del CP, el cual se exigirá a título de autor o autores a quien o a quienes hayan desplegado la conducta delictiva tendente a la utilización de métodos de sustracción de datos personales mediante robo de claves de acceso a los servicios de pago en línea con la finalidad de obtener un beneficio patrimonial ilícito mediante la generación de engaño en la víctima o víctimas. También nos referiremos posteriormente a aquellas conductas tendentes a posibilidad la materialización del delito, denominados muleros.

En segundo lugar, una responsabilidad civil cuasi-objetiva derivada de la falta de diligencia de la entidad bancaria en orden a adoptar las medidas necesarias para evitar las disposiciones económicas en favor del autor o autores del delito, sobre la base de la existencia de una relación contractual entre la entidad bancaria proveedora de servicios de pago en línea y el usuario víctima del delito, responsabilidad amparada en la Ley 16/2009 de Servicios de Pago.

De nuevo en este punto resulta de especial relevancia la SAP de Vizcaya de 10 noviembre de 2016 responsabilidad exigible a la entidad bancaria prestadora de servicios, la Audiencia considera que el phishing como “modalidad fraudulenta de movimientos de cuenta es una práctica extendida, por lo que, exige por ello que la entidad bancaria o crediticia deba adoptar las medidas de seguridad específicas, siguiendo las recomendaciones existentes, o que puedan practicar otras entidades.”

Si bien en primera instancia el Juzgado de 1ª Instancia nº 9 de Bilbao desestimó la demanda interpuesta por la parte demandante sobre la base de la existencia de negligencia grave de los actores por no haber custodiado las claves de acceso a la cuenta. Sin embargo, en segunda instancia la Audiencia entiende que el Banco no fue capaz de demostrar que su sistema contaba con los medios necesarios para garantizar la seguridad de las transferencias efectuadas en línea, no quedando acreditado que el sistema online del Banco fuera seguro y fiable.

Quedaron probadas las múltiples transferencias que se realizaron desde la cuenta de los actores sin que la entidad bancaria adoptara las precauciones necesarias ni sospechara de las mismas, por lo que debiendo el Banco soportar los riesgos de su actividad profesional, se estima el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y se condena a la demandada a devolver el importe de las transferencias efectuadas de forma fraudulenta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 16/2009 de servicios de pago.

La sentencia de la AP de Valencia objeto de análisis acoge un supuesto hecho novedoso, pues a diferencia de otras en las que los tribunales se han referido a la aplicación de la Ley 16/2009, la entidad bancaria proveedora de los servicios de pago en línea, consiguió bloquear las transferencias indebidas y recuperar los montantes de dinero de dichas transferencias, las cuales fueron devueltas al usuario de los servicios de pago, siendo condenado el autor por un delito de estafa informática del 248 del Código Penal en grado de tentativa y no exigiéndose por tanto responsabilidad civil contractual a la entidad bancaria sobre la base de no haber adoptado las precauciones necesarias para evitar las transferencias indebidas, pues las misma fueron bloqueadas por Bankia.



En la mayoría de las ocasiones en que han tenido lugar dichas conductas delictivas, los tribunales se han remitido a lo dispuesto en los artículos 31 y 32 de la Ley de Servicios de Pago, instaurando un sistema de cuasi responsabilidad cuasi-objetiva:

El artículo 31 contempla la responsabilidad del proveedor de servicios de pago en caso de operaciones de pago no autorizadas, estableciéndose una obligación de pago para el proveedor de servicios de pago del ordenando, quien deberá devolver de inmediato el importe de la operación no autorizada y restablecerá en la cuenta de pago el estado que habría existido en caso de no haberse efectuado dicha operación de pago no autorizada.

Por tanto, la responsabilidad contractual corre a cargo del proveedor de los servicios de pago en línea con la salvedad contemplada en el artículo 32 de la citada Ley: pues el usuario soportará hasta un máximo de 150 euros las pérdidas derivadas de operaciones de pago no autorizadas cuando el instrumento de pago haya sido extraviado o sustraído.

Solo responderá el usuario ordenante y en consecuencia soportará el total de las pérdidas cuando “sean fruto de su actuación fraudulenta o del incumplimiento deliberado o por negligencia grave, de una o varias de sus obligaciones.”

De modo que, habiéndose intentado la consumación del delito de estafa informática se condena al acusado como autor del delito de estafa informática en grado de tentativa y no cabe exigir responsabilidad civil contractual a la entidad bancaria por haber adoptado las precauciones necesarias en orden a evitar la materialización de las transferencias fraudulentas, habiendo sido bloqueadas por el Banco, habiendo actuado diligentemente.

### **III. RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS DENOMINADOS “MULEROS”**

Tal y como menciona la Audiencia provincial de Valencia en la citada sentencia, el autor o autores del delito se sirven a su vez de otras personas que colaboran consciente o inconscientemente en el blanqueo de dinero obtenido a través del phishing reclutando así a personas mediante la denominada captación en internet como scam.

Estos trabajadores conocidos como “muleros”, los cuales son contratados por una supuesta empresa, reciben ingresos procedentes del phishing, quedándose un porcentaje del total del dinero como comisión de trabajo y reenviando el resto a la supuesta empresa que les contrató, lo que posibilita el blanqueo de capitales.

Con respecto a los muleros, ha suscitado una importante polémica la atribución o no de responsabilidad criminal por colaborar en la comisión del hecho delictivo:

Parte de la doctrina considera que la conducta de los muleros se encuadra dentro del delito de estafa informática en su condición de cooperados necesarios en la comisión del hecho delictivo.

Sin embargo, hay otros autores doctrinales que consideran que la conducta de los muleros se encuadraría más en el delito de receptación como ocultación o encubrimiento de los efectos del delito, tratando de evitar así las sospechas de la entidad bancaria, y que la captación de éstos en ocasiones puede producirse una vez ya se ha consumado el delito, por lo que para algunos autores tendría más cabida en el delito de receptación que no en el delito de estafa informática.

Y finalmente, otros autores doctrinales consideran que dichas conductas se encuadrarían en el delito de blanqueo de capitales.

La Audiencia Provincial acoge el concepto de “ignorancia deliberada” para apreciar la existencia del dolo eventual en la conducta de los muleros, aspecto que justifica la atribución de responsabilidad criminal a estos colaboradores.

#### IV. CONCLUSIONES

El presente trabajo ha pretendido analizar cómo se pronuncia en la actualidad la jurisprudencia acerca del phishing bancario a través del análisis de la SAP de 25 de enero de 2017.

Se ha escogido esta sentencia por ser una novedad en algunos de los aspectos que envuelven el phishing y por contemplar un supuesto en el que la entidad bancaria proveedora de los servicios de pago en línea actuó diligentemente y evitó la consumación del delito, evitando así incurrir en un supuesto de responsabilidad civil contemplado en la Ley 16/2009 de servicios de pago.

Como conclusión, podemos destacar que el phishing como modalidad de estafa informática ha ido adoptando perfiles cada vez más complejos, existiendo una mayor dificultad para detectar la sustracción de datos personales y requiriendo mecanismos cada vez más sofisticados a implementar por parte de las entidades bancarias para evitar que como consecuencia de la sustracción de datos personales se ordenen transferencias indebidas, siendo deber de la entidad bancaria desplegar la debida diligencia en orden a evitar la consumación del delito.

Como consecuencia de ello, es inviable exigir al usuario ordenante que adopte mecanismos de autoprotección, pues es harto difícil que la víctima pueda darse

cuenta de que el correo electrónico o la página web a la que redirecciona el correo electrónico no sean las de la entidad bancaria proveedora de servicios en línea, pues cada vez son más sofisticados los mecanismos utilizados por los phishers para sustraer mediante engaño las claves de la cuenta online de los usuarios, salvo que exista una falta de diligencia del usuario en orden a la custodia de las claves de acceso al servicio de pago electrónico

Es a la entidad bancaria a quien corresponde desplegar distintas estrategias o acciones tendentes a prevenir la sustracción de los datos personales de contenido económico del ordenante, como por ejemplo avisar de que no se facilitase información personal y financiera en respuesta a correos electrónicos ni tampoco utilizar enlaces integrados en un email o acceder a páginas web de terceros, advertir de oleadas de phishing y sobre todo implementar mecanismos que bloqueen las transferencias cuando puedan existir indicios de que las mismas puedan haberse realizado de forma fraudulenta. En caso contrario, las entidades bancarias a la luz de la Ley 16/2009 de servicios de pago se exponen a que se les exija una responsabilidad civil cuasi-objetiva y deban de reintegrar el importe de las transferencias indebidas al usuario de los servicios de pago

Por último, con respecto a la cada vez más habitual utilización de los denominados muleros para evitar dejar rastro de las transferencias indebidas, como bien expone la sentencia de la AP de Valencia habrá que estar al caso concreto, pues aunque en ocasiones la contratación de los mismos pueda ser posterior a la comisión del delito de estafa informática y no ser partícipes del mismo pues éste ya se consumó previamente, sí podría exigírseles responsabilidad penal por un delito de receptación u ocultación de efectos o instrumentos del delito o de un delito de prevención de blanqueo de capitales.



PANORAMA



REAJUSTES EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL  
ESPAÑOL PARA SU SOSTENIBILIDAD

*(READJUSTMENTS IN THE SPANISH SYSTEM OF SOCIAL SAFETY  
FOR HIS)*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 662-679*



María Antonia  
PÉREZ ALONSO

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 5 de mayo de 2017

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de junio de 2017

**RESUMEN:** Actualmente, las previsiones de esperanza de vida se sitúan en torno a 100 años. Estos datos sobre la esperanza de vida originan un importante desequilibrio económico entre ingresos y gastos en el sistema de Seguridad Social español. Precisamente, la aplicación de factores de sostenibilidad pretende frenar el gasto en pensiones.

**PALABRAS CLAVE:** Sistema de Seguridad Social- factor de sostenibilidad-pensión de jubilación-esperanza de vida.

**ABSTRACT:** Nowadays, the forecasts of life expectancy place concerning 100 years. This information on the life expectancy originates an important economic imbalance between income and expenses in the Spanish system of National Health Service. Precisely, the application of factors of sustainability tries to stop the expense in pensions.

**KEY WORDS:** System of Social Security - factor of sustainability - pension of retirement - life expectancy.

**SUMARIO.-** I. INTRODUCCIÓN. DATOS ESTADÍSTICOS.- II. LOS MODELOS DE SEGURIDAD SOCIAL: REPARTO Y CAPITALIZACIÓN. LAS CUENTAS NOCIONALES.- III. SISTEMA DE REPARTO Y NIVELES DE CONTRATACIÓN. NUEVAS FORMAS DE FINANCIACIÓN A DEBATE.- IV. MEDIDAS DE AJUSTE EN LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN ESPAÑOLA EN PRO DE LA SOSTENIBILIDAD.- V. CAMBIOS EN LAS CUANTÍAS DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN.- VI. LA LEY 23/2013 REGULADORA DEL FACTOR DE SOSTENIBILIDAD EN ESPAÑA.- VII. BIBLIOGRAFÍA.

---

## I. INTRODUCCIÓN. DATOS ESTADÍSTICOS.

En 1923, el actuario jefe de la metropolitana Life, la mayor aseguradora del mundo decía que era imposible que la esperanza de vida superase los 65 años<sup>1</sup>. Actualmente, las previsiones de esperanza de vida se sitúan en torno a 100 años, según investigadores de demografía alemana<sup>2</sup>.

En cuanto a los españoles cada día que pasa ganamos 3,2 horas de esperanza de vida<sup>3</sup>.

Estos datos sobre la esperanza de vida exigen acometer las necesarias reformas en torno a los sistemas de Seguridad Social, para hacerlo sostenible, en la medida que la larga esperanza de vida unido a la falta de empleo o de empleos precarios y de corta duración originan un importante desequilibrio económico entre ingresos y gastos en el sistema de Seguridad Social español<sup>4</sup>. No obstante, en los momentos actuales, el nivel de pleno empleo se torna como objetivo, prácticamente imposible, en el mundo globalizado y donde la robotización y los

---

1 Nota de prensa diario "El País" de 27-9-2015.

2 Nota de prensa diario "El País" de 23-4-2017.

3 SÁEZ DE JAUREGUI SANZ, L.M.: "Dos modelos de sostenibilidad en el sistema de reparto de las pensiones de jubilación de prestación definida", en *Economía española y protección social*. Editorial Asociación de actuario, estadísticos y economistas de la Seguridad Social, Madrid, 2013, p. 269, apunta que la esperanza de vida modifica la estructura de la pirámide poblacional, en realidad una pirámide invertida, estrecha por abajo y ancha por arriba, lo que supone el gran desafío para la futura Unión Europea en el siglo XXI, de modo que "los informes de la Comisión Europea de 2009 y 2012 sobre el envejecimiento y el Libro Blanco de las pensiones de 2012 evidencian que los sistemas de pensiones de los países miembros se enfrentan a un empeoramiento de la relación entre trabajadores y jubilados, y al mencionado empeoramiento poblacional".

4 Vid. mi estudio PÉREZ ALONSO, M<sup>a</sup>.A.: "El factor de sostenibilidad en España", *Revista Lex social*, 2016, núm. 2, p. 145.

### • María Antonia Pérez Alonso

Profesora Titular de la Universidad de Valencia. Doctora en Derecho en 1998. Ha ejercido como Magistrada suplente (sala social) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana durante 16 años; ha ejercido durante 2 años como juez de lo civil y penal. Es autora de 4 monografías como autora única y 2 compartidas; Ha dirigido 2 libros sobre el empleo público y sobre el accidente de Trabajo y la enfermedad profesional. Ha participado en más de 40 libros y es autora de más 80 publicaciones como autora única en distintas materias, preferentemente, derecho de la Seguridad Social y otras publicaciones on-line. Ha dirigido más de 10 cursos en materia de empleo público. Es asesora laboral en diferentes foros laborales.



nuevos avances técnicos parecen que van a impedir un empleo convencional, pasando en muchos casos, a empleos precarios, de poca duración e intensidad y donde el fomento hacia el trabajo autónomo, también denominado “autoempleo o emprendimiento” se presenta como una alternativa a las fuertes pérdidas de empleo convencional asalariado que se presentan para los próximos años.

Precisamente, la aplicación de los factores de sostenibilidad en los sistemas de seguridad social pretende frenar el gasto en pensiones dado el aumento de la esperanza de vida.

La referencia de la esperanza de vida se utiliza en España como parámetro para regular el factor de sostenibilidad.

El aumento de la esperanza de vida no afecta a todos nosotros por igual sino que cada cohorte generacional tiene su propia esperanza de vida, calculada desde la fecha misma del nacimiento. Esta mayor esperanza de vida viene motivado por las mejoras de vida, salubridad y ambientales. Ahora bien, las medidas sobre la sostenibilidad del sistema de Seguridad social en torno a la esperanza de vida, tomadas desde el nacimiento, provocan ciertos desajustes en algunas personas que no tienen la misma esperanza de vida que las personas de su cohorte generacional. Estas personas que resultan desfavorecidas son las personas con enfermedades crónicas, discapacidad, obesidad e, incluso, factores externos como condiciones ambientales, de alimentación que alteran su propia esperanza de vida que tienen desde el nacimiento. De otro lado, se apunta que las clases sociales acomodadas tienen una mayor esperanza de vida que las capas poblacionales más bajas<sup>5</sup>.

Las Proyecciones de Población a Corto Plazo (10 años) que se complementan con las Proyecciones de Población a Largo Plazo (40 años) y que se actualizan cada tres años señalan que de mantenerse los ritmos actuales de reducción de la incidencia de la mortalidad por edad en la población de España<sup>6</sup>, en la proyección de la esperanza de vida a los 65 años, en el año 2051 la esperanza de vida de los varones alcanzaría un valor de 24,0 años (esto es, 89 años) y en las mujeres un valor de 27,3 años (92 años), casi seis y cinco años más que en la actualidad.

En esta proyección el número de pensiones en la Seguridad Social pasaría de los 9 millones actuales a los 15 millones en 2052. El presupuesto en prestaciones económicas de la Seguridad social para 2016 fue de 132.158.836,90 millones de euros, siendo el gasto total consolidado de 140.933.905,50 millones de euros<sup>7</sup>.

5 GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDÁ, C.: “El Factor de sostenibilidad en Europa”, en AA.VV.: *Los retos financieros del sistema de Seguridad Social*. Ediciones Laborum, Murcia, 2014, p. 51.

6 Datos del INE 2 de junio de 2016:  
[http://www.ine.es/ss/Satellite?L=es\\_ES&c=INESeccion\\_C&cid=1259926380048&p=1254735110672&pagenam e=ProductosYServicios/PYSLayout](http://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259926380048&p=1254735110672&pagenam e=ProductosYServicios/PYSLayout)

7 [http://www.seg-social.es/Internet\\_1/Estadistica/Est/Presupuesto\\_aprobado/Gastos/174966](http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Presupuesto_aprobado/Gastos/174966)

En abril de 2017, el dato en el número de pensionista de jubilación asciende a 8.624.602 y con otras pensiones asciende a un total de 9.490.771 pensionistas. Por su parte, el número total de personas afiliadas al sistema de Seguridad social, a fecha abril de 2017 asciende a 18.184 millones de trabajadores en activo<sup>8</sup>. Si tomamos el número total de pensionistas y de trabajadores en activo vemos que ni siquiera se alcanza la cifra de 2 trabajadores por cada uno de los pensionistas, con lo que las cifras comienzan a ser preocupantes.

## II. LOS MODELOS DE SEGURIDAD SOCIAL: REPARTO Y CAPITALIZACION. LAS CUENTAS NOCIONALES.

La finalidad del sistema de pensiones es la provisión de consumo de bienes y servicios en edad madura de las personas<sup>9</sup>, esto es, básicamente, el trabajador a una edad madura o avanzada o, más propiamente, por vejez, ya no puede trabajar al ritmo de un trabajador joven, ni con eficacia, ni con salud, lo que justifica, por tanto, el acceso a la pensión de jubilación.

Así, en el sistema de reparto el trabajador jubilado depende de la cotización de sus hijos, de tal modo que se depende del mercado de trabajo.

El sistema de reparto se caracteriza por conceder prestaciones definidas, esto es que no existe incertidumbre en la cuantía que se percibirá puesto que la misma está en función de lo cotizado por el trabajador a lo largo de su vida laboral o en un período determinado.

Por su parte, en el sistema de capitalización la pensión de jubilación depende del volumen de ahorro del pensionista, con el consiguiente peligro que ello conlleva visto el funcionamiento de los mercados financieros en la reciente crisis económica y su agresividad sobre los ahorros de los particulares<sup>10</sup>. En el sistema de capitalización, al depender la cuantía de lo ahorrado por el trabajador se convierte en una prestación no definida y por ello con un fuerte componente de incertidumbre.

En esta línea, la doctrina denuncia que en los fondos privados de pensiones, de la prima de aseguramiento se destina a gastos de gestión administrativa el 22% en Argentina y México, el 15% en Chile y el 14% en Colombia, de modo que nadie

8 Datos obtenidos en la web del Ministerio de empleo y Seguridad Social: [http://www.empleo.gob.es/estadisticas/bel/AFI/afi1\\_top\\_HTML.htm](http://www.empleo.gob.es/estadisticas/bel/AFI/afi1_top_HTML.htm)

9 MARTÍNEZ NOVA, L.: "El entorno de la secularmente inacaba reforma de la Seguridad Social", en AA.VV.: *Economía española y protección social*, Editorial Asociación de actuarios, estadísticos y economistas de la Seguridad Social. Madrid, 2011, p. 25.

10 MARTÍNEZ NOVA, L.: "El entorno de la secularmente", cit., p.25.

garantiza la rentabilidad futura de los planes de pensiones, como ya ha sucedido en Suecia<sup>11</sup>, Chile y Argentina

Por ello, se puede concluir que resulta evidente que el sistema de reparto y de capitalización se presenta como dos realidades enfrentadas y que la panacea de la capitalización no es tal, ni siquiera el modelo nocional que se ha implantado en Suecia, el cual que se ha visto afectado por la crisis económica o por la evolución negativa de los cotizantes.

Las cuentas nocionales se presentan como alternativa a los sistemas de capitalización y son de contribución definida, de gestión pública y fundada en el sistema de reparto.

Ahora bien, como apunta MARTINEZ NOVA<sup>12</sup> la traslación del modelo sueco al sistema español determinaría “una profunda depresión del valor de nuestras pensiones” y, además, en el año 2008, el fondo de reserva sueco se redujo severamente con motivo de la rebaja en los valores bursátiles, pues el fondo estaba invertido en renta variable, lo que provocó la activación del mecanismo de equilibrio automático que afectó a la revisión de las pensiones como al rendimiento de las cuentas de activos, si bien, el parlamento sueco para evitar un efecto drástico en el pensionista modificó el valor de referencia en lugar de un año a 3 años y se fijó una rebaja en la fiscalidad para los pensionistas.

### III. SISTEMA DE REPARTO Y NIVELES DE CONTRATACION. NUEVAS FORMAS DE FINANCIACION A DEBATE.

El actual sistema de Seguridad Social español basado en el sistema de reparto y cuyo apoyo reside en una tasa elevada de empleo y cotizantes se rompe en la actual escala de destrucción de empleo y de crisis generalizada que, igualmente, afecta a Europa y a otros Estados, motivado, en cierta forma, por la globalización o mundialización de los problemas económicos y financieros<sup>13</sup>.

“El indicador que mejor y más claramente refleja todos los riesgos presupuestarios potenciales a los que se enfrenta un sistema de reparto es la

11 El sistema sueco se caracteriza por el mantenimiento del tipo de cotización sobre el salario, por eso se denomina cotización definida y se sitúa en el 18,5% del salario (al que hay que añadir el rendimiento anual de la cuenta personal; del 18,5% que cotiza empresa y trabajador, el 16% se dirige al sistema de reparto y el 2,5% de las rentas salariales a la capitalización de las mismas en un organismo público denominado “Premiun pension Agency”, el cual lo ingresa en los fondos elegidos por el trabajador); por otro lado se calcula el momento de la jubilación para cada cohorte la esperanza de vida media y finalmente, se aplica un mecanismo de vuelta al equilibrio financiero en el caso de que los pasivos del sistema superen a los activos, de modo que el sistema sueco parece inmune a los riesgos demográficos y socioeconómicos, MARTINEZ NOVA, L.: “El entorno de la secularmente”, cit., pp. 21-25.

12 MARTINEZ NOVA, L.: “El entorno de la secularmente”, cit., pp. 23-26.

13 Vid. mi estudio PÉREZ ALONSO, M<sup>o</sup> A.: “La globalización, una realidad diferente”, Revista *Internacional Consinter de Direito e Justicia (Juruá editora)* 2017, núm. IV.

diferencia entre sus ingresos y el gasto total de prestaciones contributivas”, tal y como afirman los expertos<sup>14</sup>, máxime teniendo en cuenta que los sistemas de reparto se ven afectados por la caída del empleo.

De tal forma, que teniendo en cuenta las perspectivas de futuro, en el que se va a duplicar el número de pensionistas, motivado por el aumento de la esperanza de vida obliga a realizar las reformas necesarias para la sostenibilidad del sistema de seguridad social. De entre las medidas, los expertos apuntan, de un lado, a la prolongación de la vida laboral-mediante la denominada jubilación activa- y, de otro, se exige más ahorro por parte de los trabajadores, para tener una mejor pensión, si bien los planes de pensiones y de capitalización se ven afectados por la caída del valor de los activos y la bajada de rendimientos”<sup>15</sup>.

De este modo, tal y como se presenta el panorama de contratación actual de carácter precario o temporal y sin contratación de los menores de 30 años<sup>16</sup>, la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social está en claro riesgo conforme vaya en aumento la esperanza de vida de las distintas cohortes generacionales.

Los datos en la contratación durante el mes de abril de 2017 han sido los siguientes: número total de contratos registrados es de 1.604.476, de los cuales sólo 151.448 lo son de duración indefinida, representando éstos últimos el 9,44% de todos los contratos realizados en abril de 2017<sup>17</sup>. A ello hay que unir que el número total de contratos de jornada a tiempo completo ascienden a 87.757, siendo de jornada a tiempo parcial de 63.691, durante el mes de abril de 2017<sup>18</sup>.

Ante la evidencia de que el contrato precario y de corta duración es el predominante en el marco de la relaciones laborales actuales, los desajustes entre ingresos de la Seguridad Social española, esto es, principalmente cotizaciones de trabajadores en activo<sup>19</sup>- con trabajos precarios y de corta duración- frente al aumento del gasto de Seguridad Social referido a pensionistas de jubilación y otras pensiones están asegurados. De este modo, resulta muy necesario articular políticas de empleo que permitan un nivel de empleo adecuado para garantizar los ingresos necesarios que mantenga y sustente a los pensionistas<sup>20</sup>.

14 Vid. informe de expertos Madrid de 7 de junio de 2013, p. 14.

15 GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDÁ, C.: “El Factor de sostenibilidad en Europa”, en AA.VV.: *Los retos financieros del sistema de Seguridad Social*, cit., p. 41.

16 TALENS VISCONTI, E.: “Notas sobre el sistema Nacional de Garantía juvenil implantado por el RDL 8/2014, de 4 de julio”, *Revista de Actualidad Iberoamericana*, 2014, núm. 1, p. 183.

17 [https://www.sepe.es/contenidos/que\\_es\\_el\\_sepe/estadisticas/datos\\_avance/datos/datos\\_2017/AV\\_SISPE\\_1704.pdf](https://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_avance/datos/datos_2017/AV_SISPE_1704.pdf)

18 [https://www.sepe.es/contenidos/que\\_es\\_el\\_sepe/estadisticas/datos\\_avance/datos/datos\\_2017/AV\\_SISPE\\_1704.pdf](https://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_avance/datos/datos_2017/AV_SISPE_1704.pdf)

19 [http://www.seg-social.es/Internet\\_1/Estadistica/Est/Presupuesto\\_aprobado/Ingresos/174955](http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Presupuesto_aprobado/Ingresos/174955)

20 BENÍTEZ SILVA, H., GARCÍA PÉREZ, J.I. Y JIMÉNEZ MARTÍN, S.: “Evaluación de las consecuencias laborales de la reforma de 2011 y de reformas alternativas”, en AA.VV.: *Economía española y protección social*. Editorial Asociación de

Esta situación determina que se deban articular nuevas formas de financiación del sistema de Seguridad Social, a fin de garantizar la sostenibilidad del sistema, para garantizar el pago de pensiones de forma adecuada y suficiente.

En cuanto a las nuevas formas de financiación del sistema de Seguridad Social puede venir dado, por un aumento en las cotizaciones, si bien esta medida se suele rechazar en ámbitos empresariales, porque se afirma que ello frenaría la contratación de trabajadores; de otro lado, se plantea, igualmente, nuevas formas de financiación por la vía de impuestos finalistas para la sostenibilidad del sistema. Otra fórmula para aumentar las fuentes de ingresos en el sistema de Seguridad Social española podría ser aplicar un porcentaje sobre los ingresos sujetos a imposición fiscal. Este mecanismo lo tienen implantado Francia y Bélgica a través de la denominada cotización social generalizada<sup>21</sup>. Por su parte, otros apuntan por destapar las bases de cotización, o bien por la supresión de los beneficios fiscales de los planes de pensiones.

De otro lado, en algunas ocasiones se ha planteado por los expertos y sindicalistas desgajar ciertas prestaciones de Seguridad Social de los presupuestos de Seguridad Social (caso de la pensión de viudedad) y pasarlos a los presupuestos generales del Estado. Este tipo de medida, desde mi punto de vista, no sería correcta, ni aconsejable porque dichas prestaciones perderían las garantías propias del sistema de seguridad social, dejando al socaire de voluntades políticas de distinta tipología el futuro de estas prestaciones.

#### IV. MEDIDAS DE AJUSTE EN LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN ESPAÑOLA EN PRO DE LA SOSTENIBILIDAD.

Un informe del Gobierno británico<sup>22</sup> indica que solo hay 4 opciones para acometer el envejecimiento de la población y garantizar el pago de la pensión de jubilación: bajar la pensión media, aumentar la edad de jubilación, elevar las contribuciones a la Seguridad Social y hacer crecer la producción del país.

En España, como indica la doctrina más especializada<sup>23</sup>, la mayoría de las medidas incluidas en la Ley 27/2011 son de tipo paramétrico-esto es, mantener

---

actuarios, estadísticos y economistas de la Seguridad Social, Madrid, 2013, p. 35.

21 Vid. mi estudio PÉREZ ALONSO, M<sup>a</sup>.A.: "Seguridad Social en España. Pasado y futuro". *Revista de Quaderns de relacions laborals*, 2000, núm. 4, p. 24; en parecidos términos, ESTRADA LÓPEZ, B.: "La insostenible levedad del informe sobre el Factor de sostenibilidad", *Revista de Derecho social*, 2013, núm.62.

22 Vid. reseña en nota de prensa "pensiones para una segunda vejez". *El País* de 27-9-2015, p. 21.

23 MENEU GAYA, R, DEVESA CARPIO, J.E., DEVESA CARPIO, M: "El Factor de sostenibilidad: diseños alternativos y valoración financiero-actuarial de sus efectos sobre los parámetros del sistema", en AA.VV.: *Economía española y protección social*. Editorial Asociación de actuarios, estadísticos y economistas de la Seguridad Social. Madrid, 2013, p.65; en el mismo sentido, BOSCH PRINCEP, M., VILALTA DE MIGUEL, D., MORILLO LÓPEZ, y ROCH CASELLAS, O.: "Revalorización de las pensiones española del 2012 y 2013: una aplicación implícita del Factor de sostenibilidad", en AA.VV.: *Economía española y protección social*. Editorial Asociación de actuarios, estadísticos y economistas de la Seguridad Social, Madrid, p. 97; TORTUERO PLAZA, J.L.: "Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor

la estructura del sistema e introducir cambios cuantitativos- (frente a las medidas no paramétricas que consiste en cambiar el sistema de reparto y los pensionistas pasan a soportar parte del riesgo de envejecimiento).

En España las reformas en materia de Seguridad Social se han realizado mediante la Ley 27/2011, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, el RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y por la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de sostenibilidad y del índice de revalorización de pensiones de seguridad social, para lograr el equilibrio financiero del sistema de seguridad social.

Las reformas se muestran necesarias en la medida en que nuestro sistema de Seguridad Social es de reparto y ello exige que se produzca el necesario equilibrio entre ingresos y gastos.

En España, las reformas en torno a la pensión de jubilación se han canalizado, básicamente, en torno a tres vías:

1ª) La primera vía es la referida a la edad pensionable que ha pasado a ser de 67 años frente a los 65 años de la legislación anterior. La aplicación de esta nueva edad se realizará progresivamente, siendo en el año 2027 de aplicación total. El aumento de la edad conllevará, pensiones más bajas para aquellos que no tengan un trabajo estable o se vean expulsados del mercado laboral antes de la edad pensionable, según los ciclos económicos, expansivos o recesivos, lo que provocará un desajuste muy importante en las carreras asegurativas de los trabajadores; a la vez, se han ajustado las edades en la jubilación anticipada, reforzando los requisitos de acceso<sup>24</sup>; se han rebajado las cuantías de la pensión de jubilación mediante la rebaja de los porcentajes aplicables a la base reguladora.

2ª) La segunda vía es la referida a la fijación de un factor de sostenibilidad en la pensión de jubilación ordinaria con una vinculación directa a la evolución de la

---

de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de seguridad social: régimen jurídico”, *Revista de Relaciones Laborales*, 2014, núm. 5; MONEREO PÉREZ J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “La situación de la hucha de las pensiones. A propósito de las últimas disposiciones del Fondo de Reserva de la Seguridad Social y las limitaciones intrínsecas de este instrumento de garantía”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2015 núm. 5, p. 13.

24 PÉREZ ALONSO, Mª A.: “La pensión de jubilación en España tras las recientes reformas (Ley 27/2011 y RDL 5/2013)”, *Revista Internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* ADDPT-University PRESS, 2013 núm. 3.

esperanza de vida<sup>25 26</sup>. La medida es la más novedosa aplicada en nuestro sistema de Seguridad Social tras las reformas de Seguridad social al implantar un “Factor de sostenibilidad” una vez calculado el importe de la pensión de jubilación con la aplicación de las normas generales de cálculo de la pensión de jubilación. Se trata de un mecanismo automático de ajuste, lo que disminuye el riesgo político en la toma de decisiones.

El Factor ha sido descrito por la doctrina<sup>27</sup> como “un mecanismo de ajuste automático” (*automatic adjustment mechanisms*), vinculado al aumento de la esperanza de vida. El Factor ideado por el legislador español ha sido fijar un Factor sí, pero no es de sostenibilidad, sino que el Factor funciona como un Factor reductor y actúa sobre la cuantía final de la pensión de jubilación, de tal modo que se propone un cambio de denominación para referirse a éste como <sup>28</sup> como Factor de recortes, ajustes, reducción, rebaja, consolidación, fortalecimiento, viabilidad, garantía, de devaluación.

La aplicación del Factor será siempre reductor, de tal modo que la pensión inicial irá disminuyendo conforme la esperanza de vida vaya aumentando, puesto que la pensión de jubilación se va a disfrutar durante más tiempo<sup>29</sup>. No obstante, como expresa la doctrina, con el Factor se implanta un instrumento de ajuste automático de las pensiones, en función de la esperanza de vida, sin que se cambien el régimen jurídico de la pensión, de tal modo que se mantiene el sistema de reparto<sup>30</sup>. Este Factor es efectividad inmediata y de aplicación generalizada, sin períodos transitorios de aplicación. Se trata de paliar las consecuencias en el gasto de Seguridad social que se producirá, presumiblemente, con la llegada

- 
- 25 Este Factor es utilizado por otros países de nuestro entorno, caso de Francia, Italia, Países Bajos, Finlandia y Portugal, Suecia, Dinamarca, Letonias, Alemania, Grecia. Este factor deberían utilizar este criterio, según la comisión europea Bélgica, Chipre, España, Finlandia, Luxemburgo, Malta, Holanda, Polonia, Rumania, y Eslovaquia y se sugiere a Austria, Bulgaria, Lituania y Eslovenia. Quedan excluidos Hungría y Estonia cuya tasa de longevidad es de 8 años menos que España y no han recibido recomendaciones de la Comisión. VID. GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBRED, C.: “El Factor de sostenibilidad”, cit., p.47, como apunta el autor, Italia, Grecia, Dinamarca, Países Bajos, Austria, Eslovaquia, han optado por esta alternativa ya clásica en las demandas de la Comisión Europea; en ocasiones, la utilización de fórmulas matemáticas, auténticos jeroglíficos que exige tener dotes adivinatorias.
- 26 No obstante, se apunta por la doctrina que el módulo de la esperanza de vida puede conllevar; a su vez, una discriminación por razón de género, pues para el cómputo de la esperanza de vida se toma en consideración la edad media de mujeres y hombres, con lo que se produce una mayor ventaja para la mujer en el percibo de la pensión de jubilación al tener una mayor esperanza de vida, vid. GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBRED, C.: “El Factor de sostenibilidad”, cit., p. 51; vid. sobre la diferencia de la esperanza de vida entre las mujeres y los hombres en el acceso a las prestaciones de Seguridad Social STJUE 3-9-2014, C-318/2013.
- 27 GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBRED, C.: “El Factor de sostenibilidad”, cit., p. 29; SUAREZ CORUJO, B.: “Las increíbles pensiones menguantes: la metamorfosis del sistema público de pensiones a través del Factor de sostenibilidad”, *Revista de Relaciones Laborales*, 2014, núm. 5; HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, D.: “Los tiempos cambian, la Seguridad Social también: el factor de sostenibilidad”, *Revista de Derecho social y empresa*, 2015, núm. 3, p. 204.
- 28 GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBRED, C.: “El Factor de sostenibilidad”, cit., p. 29.
- 29 GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBRED, C.: “El Factor de sostenibilidad”, cit., p. 43.
- 30 En sentido contrario, LÓPEZ GANDÍA, J.V.: “La dimensión constitucional de la reforma de pensiones”, *Revista de Relaciones Laborales*, 2014, núm. 5, quien se cuestiona si el cambio que se ha realizado con la Ley 23/2013, conlleva un cambio de modelo constitucional de la Seguridad Social y si se está produciendo una amenaza para el propio sistema público de Seguridad Social que propugna el artículo 41 de la Constitución Española.

de pensionistas procedentes del “baby boom” (esto es, los nacidos entre 1955 a 1960) y que derivará en un desequilibrio en la relación entre pensionistas y cotizantes y ello unido al incremento de la esperanza de vida.

3ª La tercera vía, es la referida a la revalorización de las pensiones. Así, se ha abandonado la referencia al IPC y se ha creado una nueva referencia de actualización de pensiones denominada “índice de revalorización”, el cual se le ha dotado de una garantía mínima, de forma que nunca el incremento anual de las pensiones puede ser inferior al 0,25% ni superior a la variación porcentual del IPC en el período anual anterior a diciembre del año computable, más 0,50%, de tal modo que la revalorización siempre estará topada dentro de los límites fijados, esto es, la Ley 23/2013, fija un porcentaje de suelo y de techo. Este índice de revalorización se aplica a todas las pensiones de Seguridad Social, incluida las referidas a Clases pasivas (esto es, los funcionarios de determinados estamentos administrativos).

## V. CAMBIOS EN LAS CUANTÍAS DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN.

Uno de los problemas principales que surgen cuando se quiere cambiar una norma referida a la pensión de jubilación, de forma drástica, deviene por el hecho mismo de los derechos adquiridos o en curso de adquisición de la pensión de jubilación, pues no hay que olvidar que los derechos adquiridos se va generando poco a poco a lo largo de la vida activa del trabajador. Ello determina que el legislador deba barajar los pros y contras de la nueva normativa, en la medida que la nueva regulación va a afectar retroactivamente a situaciones anteriores a la entrada en vigor de la norma.

En este sentido, el legislador español delimitó los derechos en curso de adquisición a dos fechas “de antes del 1 de enero de 2019” y “antes del 1 de abril de 2013”, de tal modo que los derechos en curso de adquisición sólo pueden ejercerse con la legislación anterior a la reforma de la Ley 27/2011 y RDL 5/2013, cuando los ceses en el trabajo sean anteriores al 1 de abril de 2013 y siempre que se solicite la pensión de jubilación ordinaria antes del 1 de enero de 2019. Precisamente, desde esa fecha “1 de enero de 2019” se aplicará el nuevo y denominado “Factor de sostenibilidad” y la legislación anterior se aplicará siempre y cuando los ceses sean anteriores al 1-4-2013 y se solicite la pensión antes del 1-1-2019.

Los cambios entre la nueva legislación y la anterior<sup>31</sup> son drásticos en determinadas materias como es el porcentaje aplicable a la Base reguladora para

31 En la legislación anterior a la Ley 27/2011 y RDL 5/2013, y con ceses anteriores a 1-4-2013, la cuantía viene determinada por aplicación de un porcentaje en atención a los años de cotización, según artículo 5 del RD 1647/1997 y artículo 163 de la LGSS del texto de 1994. El período mínimo exigible es de 15 años.



el cálculo de la cuantía de la pensión de jubilación, dado que los mismos se rebajan de forma sustancial<sup>32</sup>, a la vez que provocan cálculos más complicados; hay una eliminación de redondeos alza de las fracciones de año a favor del beneficiario y un endurecimiento en el acceso a las pensiones de jubilación anticipada, tanto de años cotizables como de penalización por la jubilación anticipada. No obstante, se ha mantenido el período mínimo de cotización de 15 años y el cómputo a partir de los 15 años y mes, se va incrementando por meses completos<sup>33</sup>. La edad pensionable se fija a los 67 años (de aplicación progresiva), siendo la aplicación definitiva en el año 2027.

## VI. LA LEY 23/2013 REGULADORA DEL FACTOR DE SOSTENIBILIDAD EN ESPAÑA.

La Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de sostenibilidad y del índice de revalorización de pensiones de seguridad social<sup>34</sup> determina que el Factor de sostenibilidad se aplica únicamente a la pensión de jubilación ordinaria, de tal modo que el resto de las pensiones de jubilación no se ven afectadas como son las jubilaciones anticipadas, ni otras pensiones como pensión de viudedad o pensiones de invalidez permanente, etc., la razón de esta selección deviene justificada, como expresa SANCHEZ-URAN<sup>35</sup> porque la pensión de jubilación es la que condiciona realmente el gasto en pensiones de Seguridad Social al derivar su percepción del solo hecho del cese en la actividad profesional y no, del

A los quince años 50%; A los dieciséis años 53%; A los diecisiete años 56%; A los dieciocho años 59%; A los diecinueve años 62%; A los veinte años 65%; A los veintiún años 68%; A los veintidós años 71%; A los veintitrés años 74%; A los veinticuatro años 77%; A los veinticinco años 80%; A los veintiséis años 82%; A los veintisiete años 84%; A los veintiocho años 86%; A los veintinueve años 88%; A los treinta años 90%; A los treinta y un años 92%; A los treinta y dos años 94%; A los treinta y tres años 96%; A los treinta y cuatro años 98%; A los treinta y cinco años o más 100%; Con la legislación anterior a la Ley 27/2011 y RDL 5/2013, la fracción del año se redondea al alza.

32 Así, la escala de porcentajes será desde 2027 la siguiente:

Años de cotización	% Base Reguladora	Años de cotización	% Base Reguladora	Años de cotización	% Base Reguladora
15	50%	23	68,24%	31	86,48%
16	52,28%	24	70,52%	32	88,76%
17	54,56%	25	72,80%	33	91,04%
18	56,84%	26	75,08%	34	93,32%
19	59,12%	27	77,36%	35	95,60%
20	61,40%	28	79,64%	36	97,84%
21	63,68%	29	81,92%	37	100,00%
22	65,96%	30	84,20%		

33 En cuanto a la cuantía de la pensión de jubilación, la Ley 27/2011 cambia, a la baja, los porcentajes aplicables a la base reguladora, de tal modo que se consigue una menor cuantía de la pensión. Para los primeros 15 años se aplica el 50% y después se incrementan en un porcentaje variable en función de los meses que se acrediten adicionalmente a partir de los 15 años. Después, por cada mes adicional de cotización, comprendidos entre los meses 1 y 248, se añadirá el 0,19 por 100, y por los que rebasen el mes 248, se añadirá el 0,18 por 100, sin que el porcentaje aplicable a la base reguladora supere el 100 por 100 cuando se acredite 37 años cotizados y cuya aplicación definitiva será en el 2027.

34 MONEREO PÉREZ, J.L.: "Diálogo social y reforma de las pensiones: ¿de las políticas de consenso Sociopolítico al dirigismo político?", *Revista de Relaciones Laborales*, 2014, núm. 5.

35 SÁNCHEZ-URAN AZAÑA, Y.: "Adecuación y sostenibilidad de las prestaciones contributivas (en especial, de las pensiones) del sistema de Seguridad Social", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2014, núm. 161, febrero, pp. 145 y ss.

advenimiento de circunstancias mucho más excepcionales como la enfermedad, el accidente o el fallecimiento.

El Factor de sostenibilidad se aplicará a las pensiones que se causen desde el 1-1-2019 (artículo 210 y 211 del RDL8/2015, nuevo texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social). El Factor es aplicable a todos los regímenes de Seguridad Social, con la excepción de Clases Pasivas, que quedan excluidas, a las que sólo les resulta de momento aplicable lo referido al “índice de revalorización”.

De este modo, una vez calculada la pensión de jubilación ordinaria la cuantía que se obtenga será reducida mediante la aplicación del coeficiente que proceda en atención al Factor de Sostenibilidad.

Los expertos en Factores de sostenibilidad justifican la utilización de nuestro Factor de sostenibilidad en atención a la esperanza de vida por tener menores consecuencias que si se utilizan otros Factores de sostenibilidad como alargar la edad pensionable o aumentar el período de cotización. En este sentido, la doctrina indica que si se proyecta la evolución de la esperanza de vida a factores como la edad o el tiempo de cotización para alcanzar el 100% de la pensión, los elementos de referencia se disparan, alcanzando la edad de 70 años o los 44/45 años de cotización. Por ello, la doctrina considera que si este dato se traslada a la legislación actual conllevaría una reducción drástica de las pensiones y una huida a las pensiones de jubilación anticipada, con la consiguiente rebaja de la cuantía, amén de la desprotección para ciertos colectivos de trabajadores de escasa cualificación y sensibles a la desestructuración del mercado laboral.

En cuanto a la fórmula es de especial dificultad por virtud de la cual la esperanza de vida se calcula por períodos de 5 años, de tal modo que, una vez delimitado el primer tramo (ej. periodo de 2019 a 2023), se debe tomar en consideración la esperanza de vida de los 5 años anteriores; de este modo, se tomará la anualidad 2018, el cual precede de un período quinquenal de referencia desde 2012 a 2017, el cual se le dará el valor de 1 como punto de partida <sup>36</sup>.

36 La formulación matemática del Factor de sostenibilidad, es la siguiente:

Factor =  $\text{FACTOR}_{t-1} * e^{*67}$ ; Siendo: FACTOR = Factor de sostenibilidad  $\text{FACTOR}_{2018} = 1$ ; t = Año de aplicación del Factor, que tomará valores desde el año 2019 en adelante;  $e^{*67}$  = Valor que se calcula cada cinco años y que representa la variación interanual, en un periodo quinquenal, de la esperanza de vida a los 67 años, obtenida está según las tablas de mortalidad de la población pensionista de jubilación del sistema de la Seguridad Social. La fórmula de cálculo de  $e^{*67}$  es la siguiente para cada uno de los periodos quinquenales: Para el cálculo del Factor de sostenibilidad en el periodo 2019 a 2023, ambos inclusive,  $e^{*67}$  tomará el valor siendo el numerador la esperanza de vida a los 67 años en el año 2012 y el denominador la esperanza de vida a los 67 años en el año 2017; Para el cálculo del Factor de sostenibilidad en el periodo 2024 a 2028, ambos inclusive,  $e^{*67}$  tomará el valor siendo el numerador la esperanza de vida a los 67 años en el año 2017 y el denominador la esperanza de vida a los 67 años en el año 2022, y así sucesivamente. De este modo, para la determinación del Factor  $(e^{67/2012} : e^{67/2017})^{1/5}$  refleja la variación interanual media de la esperanza de vida en un período quinquenal de referencia ya pasado y se anualiza a través de la raíz 5ª, el previsible crecimiento en un período de 5 años a partir del ya experimentado en otro período de 5 años anterior.

La aplicación práctica de esta fórmula determina el resultado reductor sobre la cuantía inicial de la pensión de jubilación (artículo 210.1.2º párrafo y 211.4 LGSS). Así, siguiendo el ejemplo de la profesora SANCHEZ-URAN<sup>37</sup>, puede verse dicha aplicación:

$$\text{FÓRMULA---Factor} = \text{FACTOR}_{t-1} * e^*_{67}$$

Dar un valor a  $e^*_{67}$

Ejemplo- Primer quinquenio- 2019-2023-----el valor es el cociente de dividir la esperanza de vida a los 67 años en 2012/la esperanza de vida a los 67 años en 2017 –aplicando además la raíz de índice 5 a ese cociente (18,75/19,19= 0,9770 = 0,9953). Para la aplicación del factor de sostenibilidad se utilizar los primeros 4 decimales.

La aplicación de la fórmula matemática en el primer quinquenio en los años que lo integran sería, por ejemplo la siguiente: año 2020, se tiene en cuenta el Factor del año anterior (2019), es decir, 0,9953 y se multiplica por el valor del quinquenio (es decir, 0,9953); de tal manera que en ese año, 2020 el Factor será 0,9907. Y así sucesivamente.

Año	Variación interanual en tanto por 1 del quinquenio precedente	FACTOR
2019	0,9953 ×	0,9953
2020	×	0,9907
2021		0,9861

La revisión del Factor, se prevé con una periodicidad quinquenal. La fórmula matemática actuarial resulta bastante compleja por la falta de transparencia y claridad y publicidad de los datos y su control.

Los efectos del Factor de sostenibilidad en las pensiones de jubilación es el empobrecimiento de los pensionistas, si bien ello no impide la aplicación de los complementos por mínimos, pues en los sucesivos años, los pensionistas de jubilación cobrarán cada vez menos, de tal forma que la generaciones más jóvenes serán las que más van a sufrir el envejecimiento del sistema de Seguridad Social

37 SANCHEZ-URAN, AZAÑA, Y.: "Adecuación y sostenibilidad", cit. p. 145; Datos facilitados por la profesora SANCHEZ-URAN, Y, en la estancia realizada en la Universidad Complutense de Madrid, marzo 2015.

y los recortes en sus pensiones. Los expertos actuariales <sup>38</sup> apunta que en el año 2048 la pensión de jubilación a los 65 años debería ser un 23% menos que la que se hubiera ofrecido en el año 2000.

Así, la doctrina ya ha denunciado que el horizonte del sistema de Seguridad Social español se configura como un sistema de Seguridad Social con pensiones menguantes sea cual sea la evolución económica general de la economía española y la situación financiera específica de nuestro sistema de Seguridad Social, dado que el único Factor que ha fijado el legislador español para garantizar la viabilidad del sistema es el de la referencia a la esperanza de vida y siendo ésta por el momento cada vez más elevada devendrá, por el momento y siempre, el mismo efecto, la mengua de la pensión de jubilación. En esta línea, se ha considerado que con esta medida se rompe la finalidad del sistema de Seguridad Social que es otorgar rentas de sustitución de las rentas obtenidas en activo, pasando de ser rentas de sustitución a ser renta de subsistencia, si bien el reto es idear medios para recuperar la disminución de la tasa de sustitución y, en mi opinión, instaurar otros mecanismos de incremento de los recursos del sistema de Seguridad social para alcanzar unas mejores pensiones a los futuros pensionistas, esto es, a nuestros hijos y eso es responsabilidad de todos nosotros, puesto que, en caso contrario, la herencia que dejaremos a nuestros hijos será un sistema de Seguridad social muy deteriorado y carente de recursos económicos.

De este modo, a modo de "legue ferenda" se debería fijar nuevos recursos económicos para la financiación del sistema de Seguridad Social, ya sea, con un aumento de los tipos de cotización o, en su defecto, con la eliminación de bonificaciones de Seguridad Social, con cargo al sistema de Seguridad Social, pues eso detrae recursos al sistema; eliminación de diferencias en la protección entre trabajadores por cuenta ajena en función de la actividad que se realice, caso de los trabajadores por cuenta ajena y propia de la actividad agraria, empleados de hogar, futbolistas, artistas, etc.. Intentar por ende una homogeneidad en la protección de todos los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia e, incluso, una homogeneidad en la protección para todos los colectivos de empleados públicos. Además, se debería implantar por vía impuestos generales un tipo impositivo finalista para la financiación del sistema de Seguridad Social y la sostenibilidad de las pensiones de jubilación. En suma, resulta necesario acometer reformas suficientes para la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social y un control de recursos, con mayor refuerzo en el control de otras prestaciones y una mejor regulación para evitar que por la vía de otras prestaciones mal gestionadas o mal reguladas se esté detrayendo recursos al sistema en detrimento de la pensión de jubilación y cuyos beneficiarios han contribuido suficientemente al sistema de Seguridad Social.

---

38 SÁEZ DE JAUREGUI SANZ, L.M.: "Dos modelos de sostenibilidad", cit., pp. 310- 313.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

BENÍTEZ SILVA, H., GARCÍA PÉREZ, J.I. Y JIMÉNEZ MARTIN, S.: "Evaluación de las consecuencias laborales de la reforma de 2011 y de reformas alternativas", en AA.VV.: *Economía española y protección social*. Editorial Asociación de actuarios, estadísticos y economistas de la Seguridad Social, Madrid, 2013.

BOSCH PRINCEP, M., VILALTA DE MIGUEL, D., MORILLO LÓPEZ, Y ROCH CASELLAS, O.: "Revalorización de las pensiones española del 2012 y 2013: una aplicación implícita del Factor de sostenibilidad", en AA.VV.: *Economía española y protección social*. Editorial Asociación de actuarios, estadísticos y economistas de la Seguridad Social, Madrid, 2013.

ESTRADA LÓPEZ, B.: "La insoportable levedad del informe sobre el Factor de sostenibilidad", *Revista de Derecho social*, 2013, núm.62.

GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDÁ, C.: "El Factor de sostenibilidad en Europa", en AA.VV.: *Los retos financieros del sistema de Seguridad Social*. Ediciones Laborum, Murcia, 2014.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, D.: "Los tiempos cambian, la Seguridad Social también: el factor de sostenibilidad", *Revista de Derecho social y empresa*, 2015, núm. 3.

LÓPEZ GANDÍA, J.V.: "La dimensión constitucional de la reforma de pensiones", *Revista de Relaciones Laborales*, 2014, núm. 5.

MARTÍNEZ NOVA, L.: "El entorno de la secularmente inacaba reforma de la Seguridad Social", en AA.VV.: *Economía española y protección social*, Editorial Asociación de actuarios, estadísticos y economistas de la Seguridad Social, Madrid, 2011.

MENEU GAYA, R., DEVESA CARPIO, J.E., DEVESA CARPIO, M.: "El Factor de sostenibilidad: diseños alternativos y valoración financiero-actuarial de sus efectos sobre los parámetros del sistema", en AA.VV.: *Economía española y protección social*. Editorial Asociación de actuarios, estadísticos y economistas de la Seguridad Social, Madrid, 2013.

MONEREO PÉREZ, J.: "Diálogo social y reforma de las pensiones: ¿de las políticas de consenso sociopolítico al dirigismo político?", *Revista de Relaciones Laborales*, 2014, núm. 5.

MONEREO PÉREZ J.L y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “La situación de la hucha de las pensiones. A propósito de las últimas disposiciones del Fondo de Reserva de la Seguridad Social y las limitaciones intrínsecas de este instrumento de garantía”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2015 núm. 5.

PÉREZ ALONSO, M<sup>a</sup>.A.: “El factor de sostenibilidad en España”, en *Revista Lex social*, 2016, núm. 2.

PÉREZ ALONSO, M<sup>a</sup>.A.: “Seguridad Social en España. Pasado y futuro”, *Revista de Quaderns de relacions laborals*, 2000, núm. 4.

PÉREZ ALONSO, M<sup>a</sup>.A.: “La pensión de jubilación en España tras las recientes reformas (Ley 27/2011 y RDL 5/20192, *Revista Internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*” ADDPT-University PRESS, 2013 núm. 3.

PÉREZ ALONSO, M<sup>a</sup>.A.: “La globalización, una realidad diferente”, *Revista Internacional Consinter de Direito e Justicia (Juruá editora)* 2017, núm. IV.

SÁEZ DE JÁUREGUI SANZ, L.M.: “Dos modelos de sostenibilidad en el sistema de reparto de las pensiones de jubilación de prestación definida”, en *Economía española y protección social*. Editorial Asociación de actuario, estadísticos y economistas de la Seguridad Social, Madrid, 2013.

SÁNCHEZ-URAN AZAÑA, Y.: “Adecuación y sostenibilidad de las prestaciones contributivas (en especial, de las pensiones) del sistema de Seguridad Social”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2014, núm. 161, febrero, pp. 145 y ss.

SUAREZ CORUJO, B.: “Las increíbles pensiones menguantes: la metamorfosis del sistema público de pensiones a través del Factor de sostenibilidad”, *Revista de Relaciones Laborales*, 2014, núm. 5.

TALENS VISCONTI, E.: “Notas sobre el sistema Nacional de Garantía juvenil implantado por el RDL 8/2014, de 4 de julio”, *Revista de Actualidad Iberoamericana*, 2014, núm. 1, p. 183.

TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “La regulación del Factor de sostenibilidad y del índice de revalorización de pensiones de la Seguridad Social a la luz de la entrada en vigor del Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista General del Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, 2013, núm. 36.

TORTUERO PLAZA, J.L.: “Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de seguridad social: régimen jurídico”, *Revista de Relaciones Laborales*, 2014, núm. 5.



**LAS ALTERNATIVAS POLÍTICAS EN TORNO AL  
RECONOCIMIENTO DE LA DIVERSIDAD LINGÜÍSTICA PROPIA  
Y LOS DERECHOS LINGÜÍSTICOS, Y SUS CONSECUENCIAS EN  
LA INTERPRETACIÓN O REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN  
ESPAÑOLA**

***POLITICAL ALTERNATIVES ON THE RECOGNITION OF OWN  
LINGUISTIC DIVERSITY AND LANGUAGE RIGHTS, AND THEIR  
CONSEQUENCES IN THE INTERPRETATION OR REFORM OF THE  
SPANISH CONSTITUTION***

*Rev. Boliv. de Derecho N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 680-705*

\* El presente estudio se realiza dentro del proyecto de investigación CSO2013-43054-R, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España, sobre Estructura social, encuestas y elecciones.





Vicenta  
TASA FUSTER

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 18 de marzo de 2017

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de junio de 2017

**RESUMEN:** España es un país en el que se hablan doce lenguas de manera autóctona. El estado-nación español moderno, nacido con las revoluciones burguesas del siglo XIX, negó oficialmente dicha diversidad e impuso el castellano como única lengua oficial de todo el país. La actual Constitución española es un intento de reconocer la diversidad lingüística española y establecer un sistema de derechos lingüísticos para los hablantes de las lenguas españolas distintas del castellano. Con todo, el sistema es jerárquico, desigual y complejo, y está sometido a críticas y cuestionamientos políticos desde diferentes posiciones.

**PALABRAS CLAVE:** Constitución, política, derechos lingüísticos.

**ABSTRACT:** Spain is a country with twelve autochthonous languages. The modern Spanish nation-state, born with the bourgeois revolutions of the nineteenth century, officially denied this diversity and imposed Castilian as the only official language of the whole country. The current Spanish Constitution is an attempt to recognize Spanish linguistic diversity and establish a system of linguistic rights for speakers of Spanish languages other than Castilian. However, the system is hierarchical, unequal and complex, and is subject to criticism and political questioning from different positions.

**KEY WORDS:** Constitution, political, linguistic rights.

**SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. BREVE APUNTE SOBRE LA DIVERSIDAD LINGÜÍSTICA ESPAÑOLA Y SU RECONOCIMIENTO LEGAL-CONSTITUCIONAL.- III. LAS ALTERNATIVAS JERÁRQUICAS.- IV. LAS ALTERNATIVAS IGUALITARIAS.- V. CONCLUSIONES.- VI. BIBLIOGRAFÍA.- VII. OTROS RECURSOS.**

---

## I. INTRODUCCIÓN

El propósito de este artículo es hacer una aproximación mínimamente exhaustiva de las diferentes alternativas sociopolíticas existentes que propugnan interpretaciones o reformas de la Constitución española en la regulación de las lenguas españolas y del sistema de derechos lingüísticos de España.

Para ello dividiremos el trabajo en cinco apartados básicos. En el primero, nos referiremos brevemente a las lenguas autóctonas españolas y al reconocimiento legal-constitucional que tienen en este momento.

En el segundo, pondremos la atención en el primer grupo de alternativas, que denominaremos jerárquicas, en la medida que tratan de afirmar o reforzar la preeminencia desigual de la lengua castellana. Agrupamos estas alternativas en tres grupos distintos, en función de sus propuestas, algunas de las cuales exigen la reforma de la Constitución y otras simplemente lecturas restrictivas y desigualitarias.

En el tercero de los apartados, nos centraremos en las propuestas, que nombramos como igualitarias, en la medida que tratan de conseguir una igualdad plena de trato a las distintas lenguas españolas y a los derechos lingüísticos de todos los ciudadanos, partiendo de una interpretación progresiva de la Constitución, de la necesidad de su reforma o simplemente de la formulación de un nuevo marco constitucional postespañol.

En la parte final del artículo trataremos de elaborar unas conclusiones propositivas, en las que hacemos referencia a las medidas que deberían llevarse

### • **Vicenta Tasa Fuster**

Doctora en Derecho por la Universitat de València, y profesora de Derecho Constitucional de la Universitat de València y de la Universitat Oberta de Catalunya (UOC). Ha realizado diversas estancias de investigación en universidades españolas y extranjeras. Actualmente forma parte entre otros equipos de investigación, de un proyecto de estudio financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España, sobre Estructura social, encuestas y elecciones. Sus principales líneas de investigación son los derechos lingüísticos, los estudios de género y la innovación docente. Es autora de numerosos artículos académicos y monografías sobre estos temas. Correo electrónico: vicenta.tasa@uv.es

a cabo de acuerdo con los principios liberaldemocráticos y una concepción no esencialista del estado-nación español.

Finalmente, el estudio incluye una relación de la bibliografía citada, distinguiendo entre la bibliografía publicada de manera convencional, en libros y revistas, y la publicada de manera electrónica.

Tenemos que advertir que las posiciones intelectuales, académicas, sociales y políticas existentes en España sobre reconocimiento de la diversidad lingüística propia y el sistema de derechos lingüísticos que debe establecerse son enormemente diversas y las fronteras entre ellas no siempre tienen unas delimitaciones precisas. En consecuencia, toda clasificación es necesariamente simplificadora de la diversidad colectiva; pero, de igual manera, son necesarias como instrumento de análisis y de comprensión científica.

Naturalmente, los sistemas de valores, principios axiológicos, argumentos, incluso prejuicios y juicios de valor de las distintas posiciones políticas están presentes en el mundo académico, en el debate mediático, en los movimientos sociales, en la literatura jurídica y también, como no podía ser de otra manera, en las interpretaciones jurisprudenciales.

Las normas en las que se fundamenta el Derecho como disciplina académica y las decisiones jurídicas tienen siempre su origen en una decisión de las instituciones políticas y, más concretamente, son producto de las mayorías y de la correlación de fuerzas sociales y políticas existentes en cada momento. El derecho no es asimilable a la política, pero es un producto de la política entendida como gestión del conflicto y el consenso público y, además la interpretación jurídica del derecho es siempre la manifestación de un poder (político) del estado, el poder judicial. El derecho es, por lo tanto, una construcción humana sometida a muchas de las pulsiones, influencias, prejuicios, limitaciones y debates políticos y sociales existentes en la sociedad.

Por eso, todas las posiciones interpretativas y reformistas de la Constitución, en la materia que nos ocupa y en cualquier otro, tienen siempre un sesgo ideológico y también político, aunque no se afirme de manera directa o no haya consciencia de ello. Ahora bien, habría que evitar tanto los juicios de valor precipitados como el establecimiento de una correspondencia directa y unívoca entre las diferentes posturas intelectuales, sociales o académicas, y las propuestas y actuaciones inmediatas entre las diferentes formaciones políticas. Es cierto que existen correspondencias, comunicaciones, relaciones e influencias entre los distintos campos en los que se produce el debate intelectual, social y político (universidad, medios de comunicación, redes sociales, movimientos sociales,

instituciones públicas, judicatura, y formaciones políticas); pero estos vínculos son plurales, complejos y multidireccionales.

Incluso, en los partidos políticos más homogéneos y con posiciones más firmes y delimitadas, no es extraño que haya personalidades aisladas, facciones internas, más o menos significativas, agrupaciones territoriales que tengan posiciones sensiblemente diferentes de las oficiales o mayoritarias del partido.

Por todo ello, las agrupaciones de posiciones políticas que describiremos en los próximos apartados, no deben entenderse como monolitos uniformes, sino como sistema más o menos similar de principios, valores y argumentos intelectuales. Son aproximaciones analíticas que no aspiran a recoger toda la pluralidad de matices que hay en los debates públicos. Con todo, creemos que son paradigmáticas de las posiciones e intereses en disputa y permiten hacernos una idea general bastante aproximada de cuáles son las tensiones políticas y sociales existentes a la hora de abordar una posible solución del problema.

Las ordenaremos gradualmente, estableciendo una gradación de propuestas, situando al principio y al final aquellas que son más distantes entre sí. Las diferenciamos, además, en dos apartados distintos.

Debemos decir, finalmente, que nosotros no creemos en absoluto en el tópico de que en el centro o en la equidistancia esté necesariamente la virtud y, menos todavía, la solución más justa y liberaldemocrática. Y mucho menos cuando partimos analíticamente de la necesidad de abordar, en el ámbito del Derecho, la cuestión de la diversidad lingüística, desde la negación de los parámetros tradicionales nacional-esencialistas, tan habituales en el nacionalismo español y en la mayoría de los nacionalismos de las “naciones periféricas” de la actual España. Y de la necesidad de asumir el liberalismo multiculturalista como enfoque teórico adecuado y respetuoso con los iguales derechos de las minorías.<sup>1</sup>

## II. BREVE APUNTE SOBRE LA DIVERSIDAD LINGÜÍSTICA ESPAÑOLA Y SU RECONOCIMIENTO LEGAL-CONSTITUCIONAL

Es un hecho poco reconocido, y sobre el que hay escasa reflexión pública, que España tiene doce lenguas autóctonas con diferente número de hablantes y vitalidad lingüística, que un porcentaje notable de la población española tiene como lengua primera una lengua española diferente del castellano y que la mayoría de la población del país vive en comunidades autónomas donde hay más de una

<sup>1</sup> El debate de la teoría liberal clásica y el comunitarismo sobre la relación entre derechos individuales y los derechos de los grupos colectivos, fue superado a finales del siglo pasado y la primera década del actual por las aportaciones del multiculturalismo liberal. Sin duda, el autor más significativo de esta corriente de pensamiento es Will Kymlicka y, posiblemente, su obra más significativa es KYMLICKA, W.: *Politics in the vernacular. Nationalism, multiculturalism, and citizenship*, Oxford University Press, Nueva York, 2008, p. 280.

lengua autóctona territorial. De hecho, sólo hay cinco comunidades plenamente monolingües en castellano: Madrid, La Rioja, Castilla-La Mancha, Andalucía y Canarias. En el resto de comunidades, hay minorías o mayorías lingüísticas, según los casos, con una lengua diferente al castellano.

Teniendo en cuenta la diversidad de denominaciones de cada lengua española tendríamos que las doce lenguas autóctonas son: el castellano o español; el catalán o valenciano; el gallego o gallego-asturiano o *A Fala*; el euskera o vascoence; el asturleonés o asturiano o leonés o montañés o extremeño; el dariya o árabe marroquí, el tamazight o bereber rifeño, el aragonés, el aranés u occitano de Aragón; el portugués, el haquetía y el caló, lengua esta última no territorial.

Desde los decretos de nueva planta del siglo XVIII y, más aún, con la configuración de España como un estado-nación moderno, durante las revoluciones burguesas del siglo XIX, el proyecto nacional español ha sido centralista y uniformizador en términos lingüísticos, ignorando oficialmente la diversidad lingüística del país. La primera constitución que la acepta, con reticencias es la de la II República (1931); mientras que, después del totalitarismo franquista, la Constitución de 1978, actualmente vigente, es el proyecto constitucional español que más lejos ha llegado con el reconocimiento de dicha diversidad, a pesar de sus limitaciones.

Así, la Constitución española vigente hace cinco referencias la diversidad lingüística española, la principal es el artículo 3. En él se regula la oficialidad lingüística y sobre él descansa el sistema jerárquico de derechos lingüísticos de España. En este artículo, se afirma que el castellano es la lengua española oficial del Estado y que todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla (art. 3.1), que “las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas comunidades autónomas de acuerdo con sus estatutos” (art. 3.2) y que “la riqueza de las diferentes modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección” (art. 3.3).

Hay que destacar cuatro cuestiones significativas del artículo 3 de la Constitución. Primera, el texto sólo menciona una lengua española, el castellano. Segundo, el texto impone que todos los ciudadanos deben conocer esta lengua. Aunque la obligatoriedad del conocimiento no debe entenderse de manera absoluta, ya que significa que los poderes públicos tienen que garantizar la enseñanza de esta lengua y que, con carácter general, los españoles no pueden alegar su desconocimiento (STC 82/1986, de 26 de junio); pero a su vez, no es sinónimo de conocimiento material siempre y en todos los casos. De hecho, siempre que pueda darse una situación de indefensión por razón de lengua, especialmente en procesos judiciales, se puede alegar su desconocimiento (STC 74/1987, de 25 de mayo) en aplicación del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, y del Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, ratificados

por España en 1977 y 1979 respectivamente. E incluso, se abre paso en la última jurisprudencia de la Audiencia Nacional sobre procesos de nacionalización de extranjeros valora más el arraigo en España y la voluntad de integración que el conocimiento profundo del idioma castellano.

Tercero, la cooficialidad o el reconocimiento jurídico de otras lenguas españolas no implicará la obligación de su conocimiento, salvo en funciones muy concretas referidas al empleo público (STC 84/1986, de 26 junio), ni tampoco que este conocimiento se pueda presuponer en la ciudadanía (STC 31/2010, de 28 de junio), lo que devalúa su oficialidad, como expresa Milian<sup>2</sup>. Cuarto, como consecuencia de lo anterior, el texto constitucional establece una jerarquía lingüística, en lo que se refiere a la exigencia y protección de las lenguas españolas.

Partiendo de lo establecido en el artículo 3 de la Constitución, los estatutos de autonomías y las leyes lingüísticas autonómicas españolas, configuran un ordenamiento jurídico sobre las lenguas españolas con seis sistemas básicos de reconocimiento; dándose la situación de que las lenguas distintas del castellano pueden estar reconocidas de manera substancialmente distinta en función del territorio, y, en consecuencia, sus hablantes tienen derechos lingüísticos muy distintos dependiendo del lugar en el que viven. Cuatro de esos reconocimientos son jurídico-legales, uno político-administrativo, y otro lo es por omisión. Hay, en cualquier caso, un reconocimiento jerárquico y desigual de lenguas y derechos lingüísticos. Algo incongruente con los principios liberal-democráticos que deben estructurar las democracias avanzadas.

En la cúspide de este reconocimiento jurídico jerárquico, de acuerdo con el artículo 3.1 de la Constitución, se encuentra el castellano, lengua oficial del Estado; es decir, de las instituciones centrales generales y de las instituciones autonómicas y locales; y lengua de obligada enseñanza y conocimiento, en los términos que ya hemos señalado.

En el segundo nivel de reconocimiento, de acuerdo con el artículo 3.2 de la Constitución, lo ocupan las lenguas plenamente cooficiales en parte del territorio en el que son habladas. Es el caso del catalán o valenciano en Cataluña, las Islas Baleares y la Comunidad Valenciana; el euskera o vasco en el País Vasco y parte de Navarra; el gallego en Galicia; y el aranés u occitano en Arán.

---

2 El Tribunal Constitucional ha reiterado, especialmente en el ámbito de la Justicia, sin tener en cuenta datos sociolingüísticos, que únicamente se puede presuponer el conocimiento del castellano de acuerdo con el art. 3.1 de la Constitución, "en detrimento de los efectos de oficialidad de las lenguas propias. Por consiguiente, a través del vaciado de la oficialidad de estas lenguas, la igualdad de estatuto que en Cataluña tendría que corresponder al catalán y al castellano, por ser lenguas oficiales las dos, se rompe y se desnaturaliza a favor de la segunda" (MILIAN I MASSANA, A.: *Más sobre derechos lingüísticos. Reflexiones sobre los límites constitucionales y su interpretación por el Tribunal Constitucional*, Institut d'Estudis Autònoms, Generalitat de Catalunya, y Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 53-54). La afirmación de Milian para Cataluña es válida para el resto de comunidades con más de una lengua oficial.

Un tercer nivel de reconocimiento jurídico es de cooficialidad limitada o matizada en algunos aspectos. Es el caso del vascuence en la zona lingüística mixta de Navarra o el valenciano en la zona lingüística castellanohablante de la Comunidad Valenciana, donde son lenguas formalmente oficiales en los ámbitos oficiales y sociales; pero no son lenguas que deban ser estudiadas de manera obligatoria en la enseñanza. Y, del mismo modo, el aranés es oficial en Cataluña, pero fuera de Arán únicamente en las relaciones con las administraciones de la Generalitat de Cataluña y de aquellos municipios que así lo acuerden de manera voluntaria.

En un cuarto nivel de reconocimiento, están las comunidades que reconocen jurídicamente algunas lenguas, sin establecer su oficialidad, y garantizan algunos derechos lingüísticos, incluido el del estudio voluntario de las lenguas y a su uso activo ante las administraciones locales y autonómicas en su ámbito territorial. En esta situación se encuentran el catalán y el aragonés en Aragón, el vascuence en la zona lingüística no vascófona de Navarra, el asturiano y el gallego (gallego-asturiano) en Asturias, y, en menor medida, el gallego y el leonés en Castilla y León.

El quinto nivel es el de las lenguas reconocidas de manera administrativa y reglamentaria, caso de *A fala* (gallego) declarado bien de interés cultural en Extremadura, o el reconocimiento político en el ámbito municipal del valenciano en tres municipios de Murcia, del tamazight y el haquetá en Melilla, del euskera en Treviño; o en la práctica administrativa y cultural del caló en Cataluña.

Finalmente, quedan fuera de cualquier reconocimiento jurídico, administrativo o político, el árabe y el haquetá en Ceuta; el portugués y el extremeño en Extremadura y Castilla y León; el montañés en Cantabria, y del caló en el conjunto de España.

De este modo, hay que concluir que no todos los hablantes de lenguas españolas tienen los mismos derechos lingüísticos, ni sus lenguas son reconocidas y valoradas de igual manera en el sistema español de reconocimiento de la diversidad lingüística de España, y, por lo tanto, el ordenamiento jurídico derivado del artículo 3 de la Constitución ha consolidado un modelo social, político y jurídico de jerarquía lingüística.

A favor de mantener o reforzar el sistema de jerarquía lingüística o a favor de buscar formas más igualitarias se situarán las diversas alternativas intelectuales, sociales y políticas que describiremos en los dos siguientes apartados de este trabajo.

### III. LAS ALTERNATIVAS JERÁRQUICAS

Distinguimos en este apartado tres posiciones diferentes. La que pretende la afirmación única del castellano/español como única lengua oficial en toda España, la que defiende reforzar aún más la preeminencia de esta lengua, y la que considera que hay que mantener el *statu quo* del reconocimiento de la diversidad lingüística española. El primer grupo que tenemos que considerar, cuando menos de manera teórica, es el de aquellos que son contrarios a todo tipo de reconocimiento oficial de la diversidad.

*Posición 1: el castellano/español debe ser la única lengua oficial.*

El primer grupo que tenemos que considerar, cuando menos de manera teórica, es el de aquellos que son contrarios a cualquier tipo de reconocimiento oficial de la diversidad lingüística española. Querrían, de hecho, una situación como la que conoció España desde comienzos del siglo XVIII hasta 1978, con algunas excepciones menores durante los breves periodos democráticos o aperturistas, y que llegó al paroxismo con la dictadura totalitaria franquista.

Generalmente, no acostumbran a ser contrarios a la existencia de otras lenguas y a que estas se hablen en el ámbito familiar e, incluso, en usos informales; pero sí a su presencia en espacios institucionales, incluida la escuela, y en las actividades públicas, con la excepción de algunos actos culturales de tipo folclórico.

Ven a las lenguas españolas diferentes a la castellana, en los relatos más amables, como formas culturales del pasado, y, en las más radicales, como antiguallas innecesarias, lenguas inferiores al castellano, excentricidades de sus hablantes o, incluso, como amenazas o agresiones a la lengua castellana y a la misma unidad, lingüísticamente uniforme, del estado-nación español.

A pesar de que tienen una larga tradición en el pensamiento español del siglo XIX y XX, en todas las vertientes ideológicas, políticas, intelectuales e institucionales; hoy serían difícilmente defendibles dentro del discurso institucional español afirmaciones como las de Unamuno al decir que “en la cuestión de la lengua nacional hay que ser inflexibles. Cobran toda la autonomía municipal y provincial que quieran, puertos francos, libertades y privilegios y fueros de toda clase; pero todo lo oficial en español, en español las leyes, en español los contratos que obligan, en español lo que tenga fuerza legal civil, en español sobretodo y ante todo la enseñanza pública en todos sus grados ... El Estado, que es y tiene que ser antes que nada un órgano de cultura, tiene que imponer la lengua de cultura. Y



de cultura moderna no hay más que una lengua en España: la lengua nacional, la española<sup>3</sup>.

En estos momentos, una afirmación de estas características, que implicaría una reforma de la Constitución que suprimiera los apartados segundo y tercero del artículo tres de la Constitución Española, sólo es defendida por formaciones minoritarias y marginales de extrema derecha. Y, del mismo modo, a pesar de que no hay muchos estudios sociológicos en la materia, podemos afirmar que no parece tener un eco especialmente significativo en la sociedad española.

Con todo, en defensores de otras posiciones políticas que defienden la supremacía legal del castellano y la jerarquía lingüística en la regulación del reconocimiento de la diversidad lingüística, subyace, a menudo, un proyecto de estas características, que no puede ser explicitado porque tiene connotaciones franquistas.

*Posición 2: Reforzar la jerarquía lingüística y garantizar la preeminencia del castellano.*

El segundo grupo de posiciones tiene una notable presencia política, institucional, intelectual, mediática y social, especialmente en los centros intelectuales e institucionales de la España castellano-andaluza y en los medios de comunicación de Madrid. Argumenta que las políticas lingüísticas sobre las lenguas diferentes del castellano, especialmente las implementadas por partidos nacionalistas periféricos y por la izquierda estatal en las comunidades con lengua propia, promueven proyectos de construcción nacional a través del sistema educativo que niegan la nación española<sup>4</sup> y ultrapasan, en la práctica, los límites de la Constitución de 1978<sup>5</sup>.

Se afirma, a menudo sin pruebas empíricas, que hay una marginación del castellano en las comunidades autónomas con otras lenguas cooficiales. Y centra sus críticas en los sistemas de enseñanza de las comunidades autónomas con lengua cooficial y, en menor medida, en los usos institucionales de las lenguas cooficiales no castellanas por los gobiernos autonómicos. En este sentido, el centro de muchas de estas críticas suele ser el gobierno de la Generalitat de Cataluña al

3 La cita está tomada de UNAMUNO, M.: "Su Majestad la Lengua Española", *Faro*, núm. 37, 1908, p. 481-482. Es bien conocida la obsesión nacionalista española de los autores de la generación intelectual del 98, y su reducción de lo "auténticamente español" con lo castellano.

4 Esta es la tesis básica y reiterada de todos los autores que analizan las políticas lingüísticas en torno a lenguas diferentes de la castellana en la obra colectiva de PERICAY I HOSTA, X. (coord.): *¿Libertad o coacción? Políticas lingüísticas y nacionalismos en España*, FAES, Madrid, 2007, p. 303.

5 Ver a título de ejemplo la afirmación de Blanco Valdés de que la "deriva lingüística [de las políticas lingüísticas sobre las lenguas españolas distintas del castellano es] claramente contraria a nuestra ley fundamental", en BLANCO VALDÉS, R. L.: "Políticas lingüísticas y construcción nacional: el laboratorio español", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 17, 2013, p. 495.

que se acusa de promover un monolingüismo educativo e institucional en catalán como sistema de normalización social del catalán en Cataluña que atentaría contra los derechos individuales y la libertad de elección de los padres.

Generalmente, los defensores de estas posiciones suelen tender a afirmar la vigencia plena de la Constitución de 1978, y, en caso de defender algún tipo de reforma, esta afectaría a la redistribución de las competencias en materia de educación para que dejaran de estar en manos de las comunidades autónomas y pasaran al gobierno central.

Intelectualmente, se defiende una interpretación de la cooficialidad lingüística que favorezca un “bilingüismo equilibrado”, que significaría, de hecho, la preeminencia institucional y, en mayor medida, social del castellano sobre las otras lenguas cooficiales. Combina argumentos habituales de la supremacía lingüística del nacionalismo español<sup>6</sup> y una consideración del hecho lingüístico y las situaciones de lenguas en contacto como un problema de libertad de elección de lengua. La defensa del principio de la libertad de lengua se realiza, por lo tanto, sin tener en cuenta en ningún momento que las lenguas no son únicamente realidades individuales, sino que la comunicación lingüística es siempre resultado de una relación social. Nadie puede comunicarse en una lengua que no es conocida y mínimamente compartida por aquellas personas con las que quiere comunicarse. Y se ignora, igualmente, en este tipo de planteamiento las dinámicas sociolingüísticas dominantes, el poder lingüístico existente en una sociedad con lenguas en contacto y el hecho que difícilmente puede haber convivencia igualitaria y pacífica entre los hablantes de dos lenguas en contacto si toda la población no conoce las dos lenguas y no hay algún tipo de discriminación positiva a favor de las lenguas propias minorizadas.

Argumentalmente, se ha estructurado sobre la idea que el castellano es la lengua común de los españoles. Se considera que existe diversidad lingüística en España, y que algunas de las lenguas españolas distintas del castellano tienen algún tipo de oficialidad o reconocimiento; y se afirma, después, que el castellano es la única lengua que todos a los españoles están obligados a conocer, y por ello, y teniendo en cuenta igualmente que el castellano es una lengua internacional, se sostiene que todas las políticas lingüísticas españolas deberían estructurarse aceptando la preeminencia funcional del castellano/español, única lengua que todos

6 “El españolismo lingüístico es precisamente una ideología supremacista según la cual la lengua castellana o lengua española es un idioma intrínsecamente superior [a las otras lenguas españolas] ... Para esta ideología, es difícil de entender que alguien dé preferencia al catalán, gallego, euskera, asturiano o aragonés sobre el castellano, pues aquellas son lenguas claramente inferiores en sus características, posibilidades, valores y ventajas y, por tanto, esa preferencia tiene que ir necesariamente en detrimento de esa persona. La única explicación que ve ese españolismo lingüístico de esta actitud suicida es que esa persona está cegada por un furor nacionalista extremo ... De esta manera, se consigue algo realmente perverso: el auténtico nacionalista extremo [el españolista] se presenta como una persona defensora de la apertura, de la universalidad, del conocimiento, de la convivencia y del progreso” y presenta a los defensores del uso normal de otras lenguas españolas como “nacionalistas”, aunque en la mayoría de los casos no lo sean. V. MORENO CABRERA, J. C.: *Errores y horrores del españolismo lingüístico*, Txalaparta, Tafalla, 2015, p. 41-42.

los españoles pueden hablar, independientemente de cual sea su lengua nativa. Y establecida esta premisa, se estima que el castellano debe ser la lengua de uso preferente en todos los ámbitos oficiales y escolares, y, en algunas interpretaciones, casi la única lengua oficial, de hecho.

Hay que decir, antes de seguir adelante, que el concepto de “lengua común” es falaz; ya que, en términos lingüísticos, el único elemento común a todos los humanos es la facultad del lenguaje y es esta facultad lo que permite la comunicación humana, no el hecho de hablar una lengua determinada<sup>7</sup>. Además, el hecho de que, en estos momentos, la inmensa mayoría de los españoles puedan hablar y entender con fluidez el castellano/español, y cada vez más el inglés, no significa que estas lenguas sean sus lenguas individuales y sociales propias y las lenguas “comunes” de su comunidad o grupo lingüístico.

Como recuerda Branchadell<sup>8</sup>, la primera vez que el concepto “lengua común” toma significación política como sinónimo de lengua preferente o, para algunos, casi lengua única, es en FAES y en el entorno intelectual del PP, poco antes de la primera victoria electoral de este partido. Así, después de dos seminarios de debate, aparece una publicación de Marcos Marín en la que se afirma que el castellano es la lengua común española, un factor de unidad nacional y se defiende que el castellano tenga más presencia en las comunidades oficialmente plurilingües y, de manera especial en sus sistemas educativos<sup>9</sup>.

Este discurso será utilizado por el PP antes de las elecciones generales de 1996; pero no tuvo una repercusión inmediata sobre las políticas del PP (y de UPN) en las comunidades con dos lenguas oficiales donde gobernaban las formaciones conservadoras (Galicia, Comunidad Valenciana, Navarra o Baleares). Aún más, el discurso cayó en el olvido durante la primera legislatura del PP de Aznar (1996-2000), cuando el PP, para poder formar gobierno, tuvo que llegar a acuerdos con las formaciones nacionalistas periféricas CiU y PNV. Durante la segunda legislatura del PP de Aznar (2000-2004) será reutilizado contra el Plan Ibarretxe y contra el nacionalismo catalán y las políticas lingüísticas de la Generalitat de Cataluña.

En la última década, las iniciativas políticas y legales para garantizar la preeminencia de la lengua castellana se han multiplicado; especialmente tras la ofensiva del nacionalismo conservador español contra la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, la utilización del Tribunal Constitucional como instrumento de acción política regresiva en lo que se refiere a la estructuración del sistema español de derechos lingüísticos, que tiene un punto de inflexión en

7 Ver BRANCHADELL GALLO, A.: “Un manifiesto contra España”, *El País*, 7 de julio de 2008.

8 V. BRANCHADELL GALLO, A.: “Llampecs de l'Espanya plurilingüe”, *Culturals, La Vanguardia*, 30 de enero de 2016, p. 8.

9 V. MARCOS MARÍN, F.A.: *Conceptos básicos de política lingüística para España*, FAES, Madrid, 1994, p. 68.

la polémica STC 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, que provocará la manifestación catalana del 10 de julio de 2010 contra dicha sentencia con la que se inicia el actual debate soberanista catalán.

En este contexto, hay que enmarcar un nuevo seminario sobre política lingüística de FAES, que se concreta en el libro coordinado por Pericay<sup>10</sup> en el que intelectuales mayoritariamente de las comunidades autónomas con más de una lengua oficial criticarán a las políticas lingüísticas y especialmente las políticas educativas de estas comunidades porque atentaban contra los derechos de los hispanohablantes y alimentaban proyectos nacionalistas contrarios a la nación española. También es en este contexto cuando se publica el *Manifiesto por la lengua común* de 2008, impulsado por intelectuales españoles, y que cuenta con el apoyo de sectores mediáticos con sede en Madrid y de formaciones políticas como el PP, UPyD, Ciudadanos y los sectores del PSOE defensores de un nacionalismo español uniformista y fundamentado en la preeminencia lingüística del castellano<sup>11</sup>.

También en este contexto, podemos situar las iniciativas de los gobiernos conservadores de Galicia, Navarra, Baleares y la Comunidad Valenciana para promover el trilingüismo en la educación y debilitar así la enseñanza en gallego, vasco y catalán/valenciano en las respectivas comunidades<sup>12</sup>. O que el gobierno conservador de Aragón cambiaba la ley de lenguas aragonesa y aprobaba la Ley 10/2009, de 22 de diciembre, de uso, protección y promoción de las lenguas propias de Aragón, que reducía los derechos lingüísticos de las minorías lingüísticas de Aragón y erradicaba las referencias a las lenguas aragonesa y catalana. O que el Gobierno central impulsara la aprobación de la LOMCE para, a través de la legislación básica del estado, debilitar el sistema de inmersión lingüística catalana.

Dentro de este grupo argumental, se sitúan políticamente, con matices, la mayor parte del PP (y de la antigua AP), Cs, ocasionalmente una parte del PSOE, y la histórica UPyD. De hecho, más allá de los cambios en las políticas y la legislación educativa y lingüística estatal y de algunas comunidades autónomas que ha promovido el PP desde 2010, la propuesta global más avanzada para reforzar legalmente la preeminencia del castellano es la proposición de ley orgánica sobre la oficialidad del castellano como lengua común española presentada por UPyD en el Congreso de los Diputados en septiembre de 2015.

La intención de la ley era "garantizar los derechos de los españoles a poder usar el castellano en sus relaciones personales, en sus relaciones con la administración, en el sistema educativo y en todos los ámbitos sociales, con independencia del lugar

10 V. PERICAY I HOSTA, X. (coord.): *¿Libertad o coacción?*, cit.

11 V. VARGAS LLOSA, M. y otros: *Manifiesto por la lengua común*, 2008.

12 V. TASA FUSTER, V., y BODOQUE ARRIBAS, A.: *Poder i llengua. Les llengües de l'ensenyament al País Valencià*, Nexa, Valencia, 2016, p. 93-121.

de España en el cual se encuentran ... Con objeto de contar con un imprescindible marco legal, teniendo en cuenta la cada vez mayor complejidad étnica, social y lingüística que presentan nuestras comunidades y como garantía de protección en favor de los ciudadanos frente a determinadas políticas lingüísticas agresivas que se están desarrollando en nuestro país, que incluyen multas lingüísticas, fomentan la discriminación positiva o negativa o inciden en derechos básicos, como el de recibir educación en la lengua materna o en el derecho de los ciudadanos a relacionarse entre sí o con las administraciones en la lengua que quieran.”

El partido Ciudadanos (Cs) también se muestra favorable a aprobar una ley orgánica similar a la de UPyD, pero con el nombre de Ley Orgánica para prevenir y erradicar la discriminación lingüística y asegurar la libertad de elección de lengua; defendiendo no sólo una educación bilingüe, como UPyD, sino trilingüe en las comunidades con dos lenguas cooficiales. Hay que hacer constar que la propuesta de Cs tenía algo de precipitada, y no planteaba ninguna reflexión sobre el modelo lingüístico educativo en comunidades con una única lengua oficial y el reconocimiento legal de otras lenguas españolas en parte de su territorio (Asturias, Castilla y León, Aragón, Melilla), tampoco hacía ninguna mención a los territorios que tienen tres lenguas oficiales (Valle de Arán, Cataluña) y no establecía si aquí la enseñanza tendría que ser tetralingüe, y tampoco había ninguna referencia a que en los territorios monolingües en castellano la enseñanza sería bilingüe, en inglés y castellano. Da la impresión que únicamente los territorios oficialmente plurilingües (Cataluña, Comunidad Valenciana, Baleares, Galicia, País Vasco y Navarra) deben introducir necesariamente el inglés como lengua vehicular de la enseñanza, se entiende qué para reducir la presencia de las lenguas propias de estos territorios en la enseñanza, mientras en el resto de España, el inglés no parece tan necesario. Paradójicamente, las comunidades oficialmente plurilingües tradicionalmente han presentado mejores índices de conocimiento del inglés que el resto de comunidades españolas.

Todo esto con la intención de poner fin a los “excesos” de las políticas de “normalización lingüística” periféricas que atentan contra los derechos individuales, de acuerdo con una interpretación sesgada de los derechos lingüísticos como derechos individuales. Cuando, repetimos, son derechos que tienen una doble dimensión, como tanto otros, son individuales y sociales o colectivos, y esta dimensión social no tendría que ser nunca desconsiderada<sup>13</sup>. Y con el recurso a la idea falaz de que el castellano es la lengua libremente común que permite la

13 Desde el liberalismo cultural se insiste en esta idea de tener en cuenta las dimensiones colectivas e individuales de los derechos lingüísticos. Réaume, en este sentido, afirma que “los intereses lingüísticos no deben estar sometidos a la decisión de las mayorías, sino que ... deben equilibrar el individualismo del análisis convención de los derechos humanos, pero orientándolo [a garantizar] la elección colectiva del grupo lingüístico por mantener su forma de vida lingüística como un modo de respeto de otras comunidades lingüísticas” [REAUME, D. G.: “Beyond personality: the territorial and personal principles of Language policy reconsidered”, en W. KYMLICKA y A. PATTEN (ed.): *Language rights and Political Theory*, Oxford University Press, Nueva York, 2003, p. 294].

comunicación fácil y sin problemas entre españoles y que es sistemáticamente utilizada por los defensores de esta posición para justificar la supremacía del castellano y la jerarquía lingüística.

*Posición 3: la defensa de la situación actual.*

Posiblemente, el grupo político, académico y social menos numeroso en estos momentos, o al menos el que menos expresa públicamente sus posiciones es aquel que defiende, sin más, la situación legal e institucional actual en materia lingüística. Más allá de ciertos discursos institucionales, cada vez más minoritarios, es difícil encontrar defensores de las dinámicas de oficialidad lingüística y de las políticas lingüísticas españolas, incluida también la que hay respecto al castellano/español por parte de las instituciones generales del Estado.

La causa, a nuestro entender, es porque, a pesar de que el marco normativo es relativamente pareciendo en la regulación de la cooficialidad en las comunidades plurilingües, las políticas lingüísticas concretas tienen intensidades diferentes en función de los objetivos reales, de las formaciones políticas dominantes en cada lugar, de los movimientos sociales existentes y de la realidad política y sociolingüística de cada lugar<sup>14</sup>.

La diversidad de las políticas lingüísticas en España es bastante elevada: en torno a treinta políticas diferentes<sup>15</sup>. Teniendo en cuenta la distinción terminológica clásica del mundo anglosajón. Las políticas lingüísticas españolas no se mueven exclusivamente en el ámbito de la *policy*; al contrario, generan una notable conflictividad partidista y social en la dimensión de la *politics* y carecen, como ocurre en países como Canadá o Suiza, de consensos generales y firmemente compartidos en el ámbito de la *Polity*. En España, sobre las lenguas españolas hay confrontación intensa en todas las dimensiones de la política. En el ámbito de los consensos básicos, hay una confrontación elevada y creciente entre proyectos nacionales unidos a nacionalismos lingüísticos; hay una utilización de la cuestión lingüística en la confrontación política entre partidos y en la configuración de movimientos sociales e ideologías lingüísticas colectivas; y hay también unas políticas lingüísticas sometidas a la presión partisana y las escisiones o *cleavages*

14 Tomamos de la politología esta reflexión sobre las dinámicas sociales y políticas que impulsan las políticas lingüísticas y explican la diversidad de modelos y las particularidades de las regulaciones jurídicas en la materia jurídicamente los justifica. V., al respecto, los trabajos de ARGELAGUET I ARGEMI, J.: "Las políticas lingüísticas: diversidad de modelos lingüístico-escolares"; en R. GOMÀ CARMONA Y J. SUBIRATS HUMET (coord.), *Políticas públicas en España. Contenidos, redes de actores y niveles de gobierno*, Ariel, Barcelona, 1998, p. 294-316; ARGELAGUET I ARGEMI, J.: *Partits, llengua i escola. Anàlisi de la política lingüística de la Generalitat de Catalunya en l'ensenyament obligatori (1980-1995)*, CIEMEN, Barcelona, 1999, p. 279. BODOQUE ARRIBAS, A.: *La política lingüística dels governs valencians*, Publicacions de la Universitat de València, Valencia, 2009, p. 256; BODOQUE ARRIBAS, A.: "Les elits polítiques i la qüestió valenciana", en V. FLOR I MORENO, V. (ed.), *Nació i identitats. Pensar el País Valencià*, Afers, Catarroja, 2013, p. 73-96; y TASA FUSTER, V. y BODOQUE ARRIBAS, A.: *Poder i llengua*, cit.

15 V. TASA FUSTER, V., y BODOQUE ARRIBAS, A.: *Poder i llengua*, cit., p. 20-30.

identitarios. Y esta realidad plantea en todas partes tensiones que cuestionan la realidad sociolingüística y las políticas lingüísticas por insuficientes o por excesivas.

En consecuencia, parece evidente que estamos muy lejos de un consenso básico sobre las políticas lingüísticas españolas y sobre la regulación legal y constitucional de la diversidad lingüística propia. Por una parte, las diferentes modulaciones del nacionalismo español supremacista por lo que respecta al castellano.

De otra, las propuestas del nacionalismo españoles pluralista y federalista (sectores del PSOE, IU o Podemos/Podemos), y de los nacionalismos periféricos que parecen defender un reconocimiento mayor de la diversidad lingüística, e incluso nacional; en el medio, es difícil encontrar ves y defensores de los varios *statu quo* existentes ni al conjunto de España, ni a las comunidades autónomas con diversidad lingüística. De hecho, sorprende que incluso las formaciones más favorables a mantener, sin cambios, la Constitución de 1978, el PP, sectores de Cs y del PSOE, tienen, en la práctica, posiciones a menudo críticas sobre la materialización en las últimas décadas del reconocimiento de la diversidad lingüística española. Una posición crítica que generalmente es hostil contra el uso normal e igual de las lenguas españolas distintas del castellano.

Con todo, podríamos considerar que, al menos durante buena parte de las últimas décadas, el PP de Galicia y de Baleares en los años ochenta y principios de los noventa del siglo pasado, y parte del PSOE, especialmente en las comunidades autónomas plurilingües, han sido favorables, al menos públicamente, al sistema español actual de derechos lingüísticos, sin pretender modificar la Constitución, los estatutos de autonomía y las subsiguientes leyes lingüística o la legislación estatal en cuanto a los usos de las lenguas cooficiales en las instituciones y la Administración de ámbito estatal.

#### IV. LAS ALTERNATIVAS IGUALITARIAS

Consideraremos en este apartado las propuestas políticas que aspiran a interpretaciones de la Constitución, reforma o ruptura del actual marco constitucional para conseguir, en su opinión una mayor igualdad en el reconocimiento de la diversidad lingüística española y un sistema de derechos lingüístico más justo.

*Posición 4: cuatro lenguas oficiales en todo el estado y pleno bilingüismo educativo, social e institucional en las comunidades autónomas con lengua propia.*

Hay una posición relativamente minoritaria y que combina la defensa de la revisión de los sistemas educativos de inmersión lingüística obligatoria, propugna la libertad de elección de lengua en la enseñanza y están a favor de un bilingüismo efectivo social e institucional en las comunidades con dos o más lenguas oficiales,

con posiciones muy parecidas a las que hemos visto hace poco al hablar de los defensores del reforzamiento de la preeminencia del castellano.

Pero que, a su vez, consideran también que hace falta una legislación lingüística estatal que a través del despliegue del artículo 3.3. de la Constitución haga oficiales en todo España las cuatro lenguas españolas principales: castellano/español, valenciano/catalán, gallego y vascuence/euskera. Es preciso advertir que, aunque no es limita únicamente a Cataluña, este discurso está modulado y se estructura básicamente desde Cataluña y se ha construido en respuesta a la realidad política catalana y a las políticas lingüísticas de esta comunidad autónoma. Sus promotores están vinculados a la Asociación por la Tolerancia, grupo que mantiene relaciones bastante estrechas con Sociedad Civil Catalana. Públicamente, los principales defensores de esta posición son Mercè Vilarrubias y Juan Claudio de Ramón<sup>16</sup>.

En respuesta a muchas de las críticas que han recibido sus promotores por parte de los defensores, sin concesiones, de la preeminencia del castellano, De Ramón afirmaba<sup>17</sup>, exponiendo los motivos de su propuesta que “con independencia de su carácter de instrumento, las lenguas tienen una carga afectiva con una dimensión política. Me abstengo de valorar este hecho y me limito a constatarlo. En Canadá se dieron cuenta a tiempo. Estoy convencido de que si el gobierno de Ottawa no hubiera implantado a tiempo el bilingüismo federal, los independentistas de Quebec habrían ganado sus referéndums de independencia. La medida, por cierto, también fue impopular al principio. ... Hoy nadie la discute. Las pequeñas disfunciones e ineficiencias que genera el bilingüismo federal, que no son tantas, son un precio pequeño para mantener intacto el potencial de un país unido y diverso. En España, de manera parecida, tenemos un conflicto de lenguas que corroe la convivencia. Hay que arreglarlo. Sé que la ley que propongo contiene aspectos llamativos. Pero el coste de la no-ley empieza a ser demasiado oneroso para los españoles, bastante más oneroso que los gastos –que intuyo más modestos de lo que se pregona– en las cuales incurriamos para poner en marcha el tipo de legislación que, en mi opinión, es requerida por la realidad española”.

Los argumentos de estos autores insisten en la idea que el cambio que se produciría en la sociedad española si se reconociera la cuádruple oficialidad en las instituciones centrales estatales sería enorme en términos simbólicos y políticos; pero fácil de realizar en términos técnicos, habida cuenta de que ya hay una presencia de las lenguas cooficiales en páginas web de las instituciones

16 Destacamos, especialmente, algunos artículos de prensa de estos autores: DE RAMÓN, J. C.: “Por una ley de lenguas (de una maldita vez)”, *El País*, 7 de mayo de 2013; DE RAMÓN, J. C.: “De lo que la ley de lenguas es y lo no es”, *Crónica Global*, 4 de mayo de 2015; DE RAMÓN, J. C., y VILARRUBIAS, M.: “Blindar la convivencia, no las lenguas”, *El País*, 5 de septiembre de 2014; DE RAMÓN, J. C., y VILARRUBIAS, M.: “Todas las lenguas de España”, *El País*, 1 de diciembre de 2014; y VILARRUBIAS, M.: “El Estado frente al conflicto lingüístico”, *Crónica Global*, I (22 de enero de 2015) y II (8 de febrero de 2015).

17 V. DE RAMÓN, J. C.: “De lo que la ley de lenguas es y lo no es”, *Crónica Global*, 4 de mayo de 2015.



generales del Estado, en la traducción de las leyes estatales a las lenguas oficiales, en los DNI bilingües, en los libros de familia bilingües, en los usos lingüísticos de la administración periférica en comunidades plurilingües, en el uso de las lenguas cooficiales al Senado, o en el uso de otras lenguas españolas en los discursos institucionales del rey de España, entre otras materias.

Partiendo de esta realidad arguyen los defensores de esta posición que el cambio de la cooficialidad del castellano/español, el catalán/valenciano, el gallego y el vascuence/éuscaro por todo la Administración General del Estado y las instituciones centrales del Estado no sería demasiado problemático y, en cualquier caso, los costes que tendría serían inferiores a los beneficios en forma de convivencia y cohesión de España.

Asimismo, los defensores de esta propuesta también propugnan mayor información en la España oficialmente monolingüe en castellano sobre la diversidad lingüística española, que en la enseñanza obligatoria hubiera la posibilidad de conocer algunas nociones de las lenguas oficiales diferentes del castellano y mayor oferta formativa voluntaria para aprender las lenguas oficiales, entre otras medidas.

*Posición 5: cuatro lenguas oficiales en todo el estado y bilingüismo en las comunidades con lengua propia, profundizando (o no) en las políticas de apoyo a las lenguas propias.*

El valenciano Rafael Ninyoles propuso al inicio de la transición de la dictadura franquista a la democracia actual (1976), por primera vez y desde ámbito sociolingüístico, que la España democrática tenía que reconocer como oficiales el castellano, el catalán, el gallego y vasco con absoluta igualdad legal. Así mismo, Ninyoles consideraba que se tenían que combinar dos criterios, el personal en cuanto al plurilingüismo oficial en toda España en las instituciones del estado y el territorial dado que defendía el monolingüismo oficial en cada una de las áreas lingüísticas históricas de las grandes lenguas españolas. Su propuesta, cercana al modelo suizo; comportaba, además de la plurioficialidad estatal, la oficialidad exclusiva de las lenguas no castellanas en sus áreas lingüísticas; pero defendía también garantías para los derechos lingüísticos personales de la población de lengua castellana en las áreas lingüísticas en que fuera oficial otra lengua<sup>18</sup>.

Estas posiciones intelectuales fueron asumidas públicamente por minorías políticas de cariz esencialmente nacionalista periférico y puntualmente de ámbito estatal con escaso apoyo electoral o no integrados en el debate y aprobación de la Constitución de 1978. En la práctica, los nacionalismos periféricos que participaron en el proceso de elaboración de la Constitución se movieron en posiciones que

---

18 V. NINYOLES MONLLOR, R. L.: *Bases per a una política lingüística democràtica a l'Estat espanyol*, Eliseu Climent, Valencia, 1976, p. 142.

oscilaban entre la defensa de la plurioficialidad lingüística estatal y la cooficialidad del castellano y las lenguas propias, con preeminencia en las comunidades autónomas respectivas, de estas últimas.

Aprobada la Constitución de 1978 y los estatutos de autonomía que ponen en marcha, así mismo, las políticas lingüísticas de las lenguas cooficiales, la cuestión de la oficialidad estatal de las lenguas no castellanas quedará al margen del debate académico, social y político más significativo.

A mediados de la primera década del siglo XXI y alrededor de los debates políticos generados por la aprobación del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 y la oposición frontal del PP a dicha norma, un grupo de intelectuales catalanes publica el *Manifiesto por el sentido común y el plurilingüismo equitativo* que afirma la necesidad de promover “ el uso oficial, junto al castellano, en todas las instituciones generales del Estado, incluyendo las de justicia, de las otras lenguas” españolas; “respetando los diferentes modelos educativos democráticamente establecidos en cada comunidad autónoma, ... la facultad de cada comunidad autónoma para establecer el régimen de disponibilidad de las dos lenguas oficiales en el uso administrativo y también en el conjunto de actividades públicas, ... los criterios de combinación de las lenguas oficiales en la rotulación pública establecidos democráticamente por cada comunidad autónoma, ... [y] asumiendo con orgullo la libertad lógica de elección de la lengua oficial que cada representante prefiera usar en sus funciones institucionales fuera del territorio donde son oficiales, y posibilitando el uso de todas ellas en el parlamento español como puede usarse desde siempre el castellano en los parlamentos autonómicos”<sup>19</sup>.

Este manifiesto que cuenta, con el apoyo del PSC, de parte del PSOE, de IU-ICV e, indirectamente, de ERC, CiU, PNV, entre otras formaciones políticas. Ahora bien, el manifiesto no se concretó en ninguna propuesta legislativa o política.

Unos años más tarde, en noviembre de 2015, se ha aprobado en Valencia, promovido por sectores académicos el manifiesto *España plurilingüe. Manifiesto por el reconocimiento y el desarrollo de la pluralidad lingüística de España*<sup>20</sup>. El manifiesto está escrito, significativamente, en siete lenguas españolas (castellano, catalán/valenciano, gallego, vasco, asturleonés, aragonés y occitano) y con referencias también al árabe, el bereber y el portugués. La demanda fundamental es que las Cortes Generales promulguen “una ley que regule específicamente esta cuestión en virtud del preámbulo y en el marco de los artículos 3 y 46 de la Constitución española”.

19 V. CABANA, F. y otros: *Manifest pel sentit comú i el bilingüisme equitatiu*, 2008.

20 V. SEMINARIO MULTIDISCIPLINAR SOBRE EL PLURILINGÜISMO EN ESPAÑA: *España plurilingüe. Manifiesto por el reconocimiento y el desarrollo de la pluralidad lingüística de España*, 2015.

La ley sería “una única ley transversal, de carácter orgánico para modificar leyes orgánicas, que afectan fundamentalmente a la Administración General del Estado, la Justicia y las altas instituciones, con mención expresa al papel de las comunidades autónomas, pero sin entrar en colisión con las disposiciones y competencias que puedan fijar los respectivos estatutos de autonomía y de acuerdo con el que se conoce como principio de territorialidad según la doctrina del Tribunal Constitucional”. Esta propuesta parece inspirar las posiciones políticas del PSC, de parte del PSOE, de IU-ICV, de sectores de Podemos y, se entiende, que de fuerzas nacionalistas periféricas, como el PNV o BNG; pero no cuenta con el apoyo explícito de las formaciones nacionalistas catalanas como el PDeCat, ERC o las CUP, situadas en posiciones de defensa y articulación de un proceso político para la independencia inmediata de Cataluña.

Sobre las posiciones de los defensores de la independencia de Cataluña, hay que decir que hay un debate alrededor de cuáles serían las lenguas oficiales de la hipotética República de Cataluña. Por un lado, están los que consideran que el catalán y el castellano tendrían que ser las lenguas oficiales y de manera igual sin que esto comportara modificaciones en la política educativa y lingüística de la Generalitat de Cataluña, más allá de dejar atrás las “interferencias” del Gobierno de España. Entre las formaciones políticas que defenderían esta posición se encontrarían el PDCat y ERC, y entre los argumentos intelectuales que la fundamentan está el hecho de que más de la mitad de los ciudadanos catalanes tienen el castellano como lengua materna, la percepción de que la situación de debilidad sociolingüística del catalán está más relacionada con la dinámica demográfica de las colectividades catalanohablantes y castellanohablantes, y, finalmente, el rechazo de un nacionalismo esencialista, las naciones nacen y evolucionan y cómo afirma Puigpelat “si no somos esencialistas, tendremos que saber que la nación catalana puede evolucionar y evoluciona: hace 100 años, era una nación básicamente monolingüe; hoy es una nación básicamente bilingüe. ¿Por qué no tendríamos que fijar este hecho evidente en una Constitución?”<sup>21</sup>.

De las tres propuestas de borrador de constitución catalana elaboradas hasta ahora; la coordinada por el profesor de Derecho Constitucional Oriol Vidal y la impulsada por el juez Santiago Vidal defienden la cooficialidad de catalán y castellano. Además, en la propuesta de Oriol Vidal, el aranés sólo merece especial respeto y protección; mientras en la de Santiago Vidal, el Valle de Arán sería un territorio con tres lenguas oficiales. Es decir, un reconocimiento legal inferior al que el aranés tiene ahora en el Estatuto de Autonomía de Cataluña<sup>22</sup>.

21 V. PUIGPELAT, F.: “Per què el castellà ha de ser oficial”, *Nació Digital*, 5 de febrero de 2015.

22 V. VIDAL, O. (COORD.): *Constitució de Catalunya*, 2014, y VIDAL, S.: *Document Base provisional per a una futura Constitució participativa de la república de Catalunya*, 2015.

*Posición 6: cuatro lenguas oficiales en todo el estado y monolingüismo oficial en las comunidades con lengua propia, respetando los derechos lingüísticos personales de los castellanohablantes*

Cómo hemos visto, Ninyoles propuso un sistema de reconocimiento de la diversidad lingüística parecido al suizo, con cuatro lenguas oficiales en todo el estado y monolingüismo oficial en la lengua propia de cada área lingüística. Esta posición no fue asumida más que por movimientos y formaciones políticas minoritarias.

Ahora bien, con el paso del tiempo ha aumentado su influencia especialmente entre los movimientos de defensa de la lengua catalana, sobre todo en Cataluña después de la campaña iniciada por la Coordinadora de Asociaciones por la Lengua Catalana en 2003. Actualmente, una parte del movimiento independentista catalán defiende estas posiciones, formalmente la mayoría de las CUP y una parte minoritaria de ERC.

De hecho, de las propuestas de constitución catalana, únicamente el proyecto coordinado por Joan Fonollosa, además de identificar el territorio nacional con ámbito lingüístico y de considerar el catalán como lengua nacional de los países del dominio lingüístico catalanvalenciano, afirma que el catalán será la única lengua oficial del futuro estado catalán, a pesar de que introduce una disposición transitoria dice que “en atención a las especiales circunstancias anteriores a la independencia, se establece una moratoria de diez años ... durante los cuales los ciudadanos de Cataluña se podrán relacionar también con las instituciones de Cataluña en lengua castellana”<sup>23</sup>.

Igualmente, en abril de 2016, en el contexto de los debates sobre la futura constitución de la República de Cataluña, el Grup Koiné, formado principalmente por lingüistas, hacía público el manifiesto *Por un verdadero proceso de normalización lingüística en la Cataluña independiente*. En este documento se pedía el respeto a todas las lenguas personales que se hablan en Cataluña en “un marco de plurilingüismo” y que la lengua catalana fuera “el eje integrador” de la ciudadanía catalana; es decir, la oficialidad única del catalán (y el occitano a la Valle de Aran), respetando los derechos lingüísticos personales a los hablantes de otras lenguas presentes en Cataluña<sup>24</sup>.

No obstante, estas posiciones se sitúan en una dimensión de ruptura con cualquier tipo de marco legal y constitucional español. Dentro de los grupos o personalidades que propugnan una reforma profunda o parcial de la Constitución

23 V. FONOLLOSA I GUARDIET, J. B. (coord.): *Projecte de Constitució de Catalunya*, 2015.

24 La posición más contundente, en este sentido, se puede encontrar en documentos como el del GRUP KOINÉ: *Per un veritable procés de normalització lingüística a la Catalunya independent*, 2015.

o incluso una nueva Constitución no conocemos ninguna que haga una defensa pública de estas posiciones y propugne un sistema de monolingüismos oficiales en cada territorio donde se habla una lengua distinta del castellano, combinado con un plurilingüismo oficial estatal con parte o todas las lenguas españolas.

## V. CONCLUSIONES

Como hemos visto, el sistema jurídico-constitucional español en torno al reconocimiento de la diversidad lingüística es complejo y jerárquico; con una enorme diversidad de sistemas de garantías de los derechos lingüísticos en función de la legislación específica de cada comunidad autónoma y de la voluntad política de los distintos gobiernos.

Esta realidad está en el origen de los conflictos políticos sobre la cuestión lingüística y explican, como hemos visto, que las posiciones en conflicto son profundamente divergentes y afectan la naturaleza de las políticas públicas (*policy*), de la competencia entre partidos (*politics*) y los consensos básicos que garantizan la estabilidad y la continuidad de un sistema político (*Polity*).

En nuestra opinión, la única forma de que los conflictos nacionalitarios y lingüísticos españoles se reduzcan y se acerquen a realidades como la de Canadá, o incluso la de Suiza, pasa por la asunción del principio de igualdad lingüística, en la garantía profunda de los derechos lingüísticos de todos los ciudadanos españoles en condiciones de igualdad, garantizar la seguridad lingüística de los hablantes de lenguas diferentes del castellano, y superar la concepción de España como estado-nación uniformista, centralizado y lingüísticamente castellano y avanzar en una concepción de España como estado-nación lingüísticamente plural.

En toda realidad con lenguas en contacto la “paz lingüística” no es nunca absoluta, los conflictos lingüísticos y la competencia entre lenguas está presente en múltiples dimensiones de la vida pública. Pero mientras que, en países como Suiza, son relativamente escasos y nunca van ligados a movimientos nacionalitarios ni ponen en cuestión el estado-nación suizo; en España, el sistema de derechos lingüísticos español es conflictivo, y tanto las regulaciones legales como las políticas lingüísticas implementadas están vinculadas, a menudo, a proyectos nacionalitarios radicalmente enfrentados bien sea porque defienden las posiciones, en sus diversas versiones, de los nacionalismos españolistas uniformistas o plurilingüísticos, o porque propugnan proyectos nacionales periféricos contrarios a la consideración de España como un estado-nación nacionalmente único o, simplemente, propugnan la independencia y la constitución de un estado propio.

Suiza se afirma desde el siglo XIX como nación moderna unitaria y federal, a la vez que establece el plurilingüismo oficial como un principio constitutivo no

esencialista de la nación suiza. España, por el contrario, en el mismo período de tiempo se ha constituido como estado-nación sobre una creencia esencialista de la nación vinculada a una única lengua y el uniformismo y el dominio territorial desde el centro como elemento conformador del estado-nación.

Paradójicamente, Suiza, afirmándose como estado plurilingüe, prácticamente carece de tensiones nacionales y lingüísticas relevantes; y España con una tradición dominante uniformista y supremacista del castellano, es el país de Europa occidental con más problemas nacionalitarios y lingüísticos.

La aceptación de la diversidad lingüística y el autonomismo territorial en la Constitución de 1978 fue incompleta, jerárquica y no ha conseguido evitar los conflictos, y que las alternativas políticas para solucionarlos son, en estos momentos, notablemente enfrentadas y de difícil casación.

Si queremos escapar de esta dinámica, deberíamos ser capaces de propugnar una reforma de la Constitución que asumiera la pluralidad lingüística del Estado, no impusiera el conocimiento de ninguna lengua, “desnacionalizara” las políticas lingüísticas y orientara las leyes lingüísticas y las políticas públicas en materia de lengua al reconocimiento y la garantía real de los derechos lingüísticos de todos los ciudadanos españoles, sin distinción de lengua, y al conocimiento y el respeto de las lenguas propias españolas, al menos de las cuatro más habladas. Seguramente, nos iría un poco mejor.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

ARGELAGUET I ARGEMÍ, J.: "Las políticas lingüísticas: diversidad de modelos lingüístico-escolares", en GOMÀ CARMONA, R. y SUBIRATS HUMET, J. (coord.), *Políticas públicas en España. Contenidos, redes de actores y niveles de gobierno*, Ariel, Barcelona, 1998.

ARGELAGUET I ARGEMÍ, J.: *Partits, llengua i escola. Anàlisi de la política lingüística de la Generalitat de Catalunya en l'ensenyament obligatori (1980-1995)*, CIEMEN, Barcelona, 1999.

BLANCO VALDÉS, R. L.: "Políticas lingüísticas y construcción nacional: el laboratorio español", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 17, 2013, p. 475-500.

BODOQUE ARRIBAS, A.: *La política lingüística dels governs valencians*, Publicacions de la Universitat de València, Valencia, 2009.

BODOQUE ARRIBAS, A.: "Les elits polítiques i la qüestió valenciana", en FLOR I MORENO, V. (ed.): *Nació i identitats. Pensar el País Valencia*, Afers, Catarroja, 2013, p. 73-96.

BRANCHADELL GALLO, A.: "Llampecs de l'Espanya plurilingüe", *Culturals*, *La Vanguardia*, 30 de enero de 2016.

KYMLICKA, W.: *Politics in the vernacular. Nationalism, multiculturalism, and citizenship*, Oxford University Press, Nueva York, 2001.

MARCOS MARÍN, F. A.: *Conceptos básicos de política lingüística para España*, FAES, Madrid, 1994.

MILIAN I MASSANA, A.: *Más sobre derechos lingüísticos. Reflexiones sobre los límites constitucionales y su interpretación por el Tribunal Constitucional*, Institut d'Estudis Autònoms (Generalitat de Catalunya) y Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

MORENO CABRERA, J. C.: *Errores y horrores del españolismo lingüístico*, Tafalla: Txalaparta, 2015.

NINYOLES MONLLOR, R. L.: *Bases per a una política lingüística democràtica a l'Estat espanyol*, Eliseu Climent, Valencia, 1976.

PERICAY I HOSTA, X. (coord.): *¿Libertad o coacción? Políticas lingüísticas y nacionalismos en España*, FAES, Madrid, 2007.

RÉAUME, D. G.: "Beyond *personality*: the territorial and personal principles of Language policy reconsidered", en W. KYMLICKA y A. PATTEN (ed.): *Language rights and Political Theory*, Oxford University Press, Nueva York, 2003, p. 271-295.

TASA FUSTER, V.: *Drets lingüístics i ordenament constitucional. Seguretat lingüística vs. jerarquia lingüística. Un estudi comparat de Suïssa i Espanya*, Universitat de València, Valencia, 2016.

TASA FUSTER, V., y BODOQUE ARRIBAS, A: *Poder i llengua. Les llengües de l'ensenyament al País Valencià*, Nexè, Valencia, 2016.



## VII. OTROS RECURSOS.

BRANCHADELL GALLO, A.: "Un manifiesto contra España", *El País*, 7 de julio de 2008.

CABANA, FRANCESC y otros: *Manifest pel sentit comú i el bilingüisme equitatiu*, 2008.

DE RAMÓN, J. C.: "Por una ley de lenguas (de una maldita vez)", *El País*, 7 de mayo de 2013.

DE RAMÓN, J. C.: "De lo que la ley de lenguas es y lo no es", *Crónica Global*, 4 de mayo de 2015.

DE RAMÓN, J. C., y VILARRUBIAS, M.: "Blindar la convivencia, no las lenguas", *El País*, 5 de septiembre de 2014.

DE RAMÓN, J. C., y VILARRUBIAS, M.: "Todas las lenguas de España", *El País*, 1 de diciembre de 2014.

FONOLLOSA I GUARDIET, J. B. (coord.): *Projecte de Constitució de Catalunya*, 2015.

GRUP KOINÈ: *Per un veritable procés de normalització lingüística a la Catalunya independent*, 2015.

PUIGPELAT, F.: "Per què el castellà ha de ser oficial", *Nació Digital*, 5 de febrero de 2015.

SEMINARIO MULTIDISCIPLINAR SOBRE EL PLURILINGÜISMO EN ESPAÑA: *España plurilingüe. Manifiesto por el reconocimiento y el desarrollo de la pluralidad lingüística de España*, 2015.

UNAMUNO, M.: "Su Majestad la Lengua Española", *Faro*, núm. 37, 1908, p. 481-482.

VARGAS LLOSA, M. y otros: *Manifiesto por la lengua común*, 2008.

VIDAL, O. (coord.): *Constitució de Catalunya*, 2014.

VIDAL, S.: *Document Base provisional per a una futura Constitució participativa de la república de Catalunya*, 2015.

VILARRUBIAS, M.: "El Estado frente al conflicto lingüístico", *Crónica Global*, I (22 de enero de 2015) i II (8 de febrero de 2015).



# TÉRMINOS Y CONDICIONES DE USO DE RBD



## I. Generalidades.

Este sitio web ([www.revistabolivianadederecho.com](http://www.revistabolivianadederecho.com)), es propiedad de la “Fundación Iuris Tantum”, entidad boliviana sin ánimo de lucro, con domicilio en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra.

El uso de este sitio web implica la aceptación y el cumplimiento, por parte del usuario del sitio web, de todas y cada una de las presentes Condiciones de Uso, especialmente, del compromiso de no realizar aquellas conductas que más abajo se detallan como prohibidas. El mero acceso y/o utilización del sitio web, de todos o parte de sus contenidos y/o servicios significa la plena aceptación de las presentes condiciones generales de uso.

La “Fundación Iuris Tantum” podrá establecer limitaciones y/o condiciones adicionales para el uso y/o acceso al sitio web y/o a los contenidos, las cuales deberán ser observadas por los usuarios en todo caso.

## 2. Usos permitidos.

La utilización permitida del presente sitio web atiende a fines exclusivos de investigación y documentación jurídica, sin que se permita la explotación privada o comercial de ninguna de las obras que forman parte de los distintos números de la Revista Boliviana de Derecho, ya sean ordinarios o extraordinarios. Queda prohibido el uso de cualquier sistema o software automatizado para extraer datos de esta página web para fines comerciales (adquisición de datos o “screen scraping”).

Ante el uso indebido y no autorizado de la presente página web, la Fundación Iuris Tantum se reserva el derecho a ejercitar las acciones que considere oportunas, incluso a instar procedimientos judiciales sin previa notificación.

## 3. Modificaciones de los términos y condiciones de uso.

La Fundación Iuris Tantum se reserva la facultad de modificar en cualquier momento, sin previo aviso, las condiciones generales de uso del sitio web.

#### **4. Obligaciones del usuario.**

El usuario deberá consultar y respetar en todo momento los términos y condiciones establecidos en las presentes condiciones generales de uso del sitio web. Asimismo, deberá cumplir las especiales advertencias o instrucciones contenidas en el sitio web y a obrar siempre conforme a la ley, a las buenas costumbres y a las exigencias de la buena fe, teniendo en cuenta la naturaleza gratuita del servicio del que disfruta.

#### **5. Cláusula de limitación de responsabilidad.**

La Fundación Iuris Tantum no asume responsabilidad alguna respecto a los posibles daños y perjuicios causados por el uso de este sitio web o de cualquier otro al cual se haya accedido a través de un enlace inserto en el presente sitio web.

#### **6. Propiedad intelectual e industrial.**

El presente sitio web se reserva todos los derechos sobre los contenidos, información, obras, textos, gráficos, diseños, logos, marcas, símbolos, signos distintivos, datos y servicios que ostente.

En ningún caso se entenderá que se concede licencia alguna o se efectúa renuncia, transmisión, cesión total o parcial de dichos derechos, ni se confiere ningún derecho de explotación sobre dichos elementos, sin la previa autorización expresa y por escrito de la Fundación Iuris Tantum o de los titulares de los derechos correspondientes.

#### **7. Cláusula de legislación aplicable, jurisdicción competente y notificaciones.**

Las presentes condiciones se rigen y se interpretan de acuerdo con la legislación boliviana.

Todas las controversias o diferencias con relación a la interpretación, aplicación, cumplimiento y ejecución del presente contrato, renunciando expresamente a cualquier otro fuero que pudiera corresponderles, se resolverán en el Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial (CCAC) de la Cámara de Industria, Comercio, Servicios y Turismo de Santa Cruz (CAINCO), conforme a los siguientes medios: Como primer medio de solución se establece la Conciliación, la cual se registrará de acuerdo al Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de CAINCO, vigente al momento de la presentación de la conciliación. Si la controversia no ha sido resuelta a través de la conciliación o persistiera parte de ella, como

segundo medio se aplicará el arbitraje institucional a efectuarse en el Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de CAINCO de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), al que se encomienda la administración del arbitraje conforme al Reglamento vigente a la fecha en que se presente la solicitud de arbitraje. El presente acuerdo implica la renuncia expresa a iniciar cualquier proceso judicial.

En materia penal se someten a los Juzgados y Tribunales de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia).

Todas las notificaciones, requerimientos, peticiones y otras comunicaciones que el usuario desee efectuar a la Fundación Iuris Tantum deberán realizarse por escrito y se entenderá que han sido correctamente realizadas cuando hayan sido recibidas en la siguiente **[dirección.revistarbd@gmail.com](mailto:dirección.revistarbd@gmail.com)**



# INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

## INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

### I. Invitación

La invitación para publicar en cualquiera de las secciones de la Revista Boliviana de Derecho está abierta a autores nacionales y extranjeros, siendo el requisito imprescindible, que el contenido de los artículos esté relacionado con las ramas del Derecho y sea de interés para la doctrina jurídica boliviana o iberoamericana.

### II. Envío de artículos, fechas de recepción y aceptación

1. Los trabajos deberán enviarse mediante archivo electrónico en CD, al Director de Iuris Tantum – Revista Boliviana de Derecho (Calle Tumusla N° 77, Santa Cruz, Bolivia) ó a los correos electrónicos:  
revistabolivianadederecho@hotmail.com, orlandoparada.vaca@gmail.com
2. Las fechas para la recepción de los trabajos a ser publicados en los números de julio y diciembre de cada año, serán hasta el 7 de enero y 15 de junio, respectivamente.
3. La fecha de aprobación de trabajos para su publicación en los números de julio y diciembre no excederá el 31 de marzo y 30 de septiembre, respectivamente.
4. La aceptación de un trabajo para su publicación, supone que los derechos de copyright (Derechos de Autor), en cualquier medio y por cualquier soporte, quedan transferidos a la Fundación Iuris Tantum, editora de la revista.

### III. Sistema de arbitraje

Una vez recibido el artículo, el Consejo Editorial decidirá en un lapso no mayor a los cinco días, si el mismo cumple con los requisitos básicos para su publicación. En caso afirmativo, el artículo será enviado a evaluación de expertos temáticos.

Cada artículo será evaluado por expertos temáticos externos a la revista, quienes no conocerán el nombre del autor del texto (sistema de doble revisión "a ciegas"). El evaluador tendrá un período de dos semanas para comunicar su dictamen al Comité Editorial. El nombre del evaluador será reservado.

Los posibles dictámenes son:

1. Se aprueba la publicación del artículo.
2. Se aprueba la publicación del artículo, con observaciones a corregir.
3. Se rechaza la publicación del artículo.

Si el dictamen del revisor observa algunas correcciones, el autor tendrá un plazo de quince días para realizarlas.

El que un artículo sometido a evaluación sea aprobado, no implica su inmediata publicación. La decisión final para la publicación de un artículo corresponde al Consejo Editorial de la Revista.

Una vez que se decida respecto del dictamen de publicación o rechazo del artículo, el autor recibirá notificación directa y por escrito informándole de la decisión final.

#### IV. Normas editoriales

##### A) Respecto al autor

- Deberá incluirse una corta biografía del autor, de no más de 50 palabras (incluyendo sus grados académicos más relevantes, ocupaciones y cargos actuales, y publicaciones principales). Adjuntar el currículum académico detallado, no olvidando la inclusión del correo postal, correo electrónico, dirección, teléfono y fax.
- Será responsabilidad del autor adjuntar todos los datos en su reseña personal.

##### B) Respecto al artículo

- Todo artículo propuesto para ser publicado en *Iuris Tantum* – Revista Boliviana de Derecho debe ser original e inédito.
- Los artículos deben escribirse en idioma español.
- Debe especificar el conflicto de interés o, cuál la importancia de escribir sobre el tema elegido.
- Buena redacción, ortografía y organización.
- Se deberá anteponer un resumen del trabajo, de no menos de 50 y no más de 70 palabras.



- Cada artículo debe tener una traducción al inglés del resumen, así como del título.
- Las palabras claves de los artículos deben ser extraídas utilizando un Tesauro Normalizado. Éstas deben incluirse en español e inglés.
- El artículo deberá ir acompañado de un Sumario, que se incluirá al inicio del mismo (redactado en minúsculas, salvo la letra que encabece cada uno de los epígrafes) y de una bibliografía, que se incluirá al final del mismo, utilizando el sistema de citas propio de la revista.

## V. Formato de Texto

- El artículo debe contener un máximo de mínimo de 30 páginas y un máximo de 50 páginas, salvo razones fundadas, que justifiquen una extensión superior:•
- Papel blanco, tamaño carta o A4
- Utilizar una sola cara del papel
- Tipo de letra: Times New Roman
- Tamaño de letra: 12 puntos
- Tinta negra
- Interlineado doble espacio
- Alineación todo a la izquierda, excepto citas mayores a las 40 palabras.
- Sangría al inicio de cada párrafo, se deben dejar cinco espacios.
- Tres niveles de títulos:
  1. Uno principal escrito en negrillas, mayúsculas, y centrado (14 pts)
  2. Uno secundario escrito en negrillas Tipo oración (12 pts)
  3. Uno terciario en negrillas Tipo oración
- Incisos: Números: 1º)

## VI. Notas a pie de página

- Se utilizarán para descargar el texto de notas bibliográficas, de referencias de jurisprudencia y de opiniones o comentarios incidentales, así como para ampliar las ideas expresadas en el texto, en cuya redacción de empleará un estilo ágil, claro y conciso.
- Deben ir numeradas correlativamente con números arábigos.

## VII. Citas

Todas las citas de autores y resoluciones judiciales deberán realizarse en nota a pie de página, nunca en texto.

## VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- **Material consultado en Internet.-** Debe respetar el siguiente orden:  
Autores.- Los documentos de la World Wide Web que indican que son "mantenidos", generalmente se refieren al autor con el apelativo de Maintainer (Maint), aunque también puede usarse más genéricamente Editor (De).  
Fecha de visita al documento (año, mes, día).  
Título que puede ser tomado de la barra superior del navegador.  
Tipos de documento.- Indicar si son html, consultas en bases de datos, imágenes en formato .gif, .jpg u otro, archivos de sonido o de video, archivos FTP, etc.  
Información acerca de la publicación, la que comienza con <http://www...>
- **Material consultado en Internet.-** La jurisprudencia se citará según sea habitual en el país de origen de cada escritor, con su respectiva referencia.

## IX. OTRAS SECCIONES DE LA REVISTA.

- **Cuestiones jurídicas:** Se trata de una sección que incluye artículos breves, sin adscripción temática clara o con un impacto reducido a una determinada área geográfica.  
Su estructura y requisitos formales son exactamente iguales que los de los artículos insertados en la Sección de Doctrina.
- **Crónicas jurisprudenciales:** Se trata de una exposición sistemática de la jurisprudencia existente sobre una determinada materia, cuya extensión debe oscilar entre 20 y 30 páginas (a doble espacio). En ellas se acompañará, al igual que respecto de los artículos, un sumario, el CV breve del autor, un resumen y palabras clave, en español e inglés. Deberá también adjuntarse, en su caso, una relación bibliográfica de las obras utilizadas.
- **Comentarios.-** Se trata de análisis de textos legales novedosos o de especial importancia, cuya extensión debe oscilar entre 20 y 30 páginas (a doble espacio). En ellos se acompañará, al igual que respecto de los artículos, el CV breve del autor, un resumen y palabras clave, en español e inglés. Deberá también adjuntarse, en su caso, una relación bibliográfica de las obras utilizadas.
- **Comentarios jurisprudenciales.-** Se trata de comentarios de sentencias especialmente relevantes, cuya estructura es la siguiente: Supuesto de hecho, Doctrina y Comentario.

- **Reseñas bibliográficas.-** Extensión máxima 3 páginas y el texto debe ir acompañado de la portada del libro en digital, ISBN y la editorial que lo publica.
- **La espada de Damocles.-** Extensión máxima de 5 páginas, excluyendo la fotocopia o el escáner de la resolución judicial o administrativa criticada. La Revista Boliviana de Derecho, otorgará el derecho a réplica.

